Oberlandesgericht Stuttgart - Urteil vom 15.07.2025 - 24 U 1346/22

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.landesrecht-bw.de/perma?d=NJRE001625762

* Schadensersatz wegen des Erwerbs eines Diesel-Fahrzeugs mit unzulässigen Abschalteinrichtungen

Leitsatz

* 1. Die auf die Miterbenstellung gestützte Klage eines Miterben, der als gesetzlicher Prozessstandschafter Berechtigter im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist, führt auch dann zur Hemmung der Verjährung, wenn der Miterbe (zunächst) seine materiell-rechtliche Einziehungsbefugnis überschreitet und Zahlung an sich selbst verlangt.(Rn.172) (Rn.173) (Rn.174)

* 2. Nach § 291 BGB ist nur eine - zumindest hilfsweise geltend gemachte - fällige und durchsetzbare Geldforderung von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen.(Rn.177)

* 3. Die in einem vorformulierten Standardvertrag enthaltene Klausel eines PKW-Kaufvertrags, wonach gegenüber dem Vorverkäufer bestehende Ansprüche aus der Haftung für Sach- und Rechtsmängel an den Erwerber abgetreten werden, führt auch dann nicht zur Abtretung von gegenüber dem Hersteller bestehenden deliktischen Ansprüchen an den Erwerber, wenn es sich bei dem Hersteller zugleich um den Vorverkäufer handelt.(Rn.33) (Rn.44)

* 4. Zum Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen durch eine Verringerung der Abgasrückführungsrate, welche an das Vorliegen bestimmter Motorstarttemperaturen anknüpft oder dann erfolgt, wenn sich der betriebswarme Motor im Leerlauf befindet (Hot & Idle).(Rn.100)

* 5. Erzielt der durch den Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs Geschädigte bei der Weiterveräußerung dieses Fahrzeugs einen über dem durchschnittlichen Händlereinkaufspreis liegenden Übererlös, so ist dieser im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht als Restwert zu berücksichtigen.(Rn.143)

Orientierungssatz

* Die temperaturgesteuerte sowie die motorstarttemperaturabhängige Abgasrückführung (AGR), die zum Zeitpunkt des Erwerbs im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhanden waren, stellten ebenso unzulässige Abschalteinrichtungen gemäß Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar wie die Reduzierung der AGR im Leerlauf bei warmgelaufenem Motor (“Hot & Idle“). Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag des hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Fahrzeugherstellers nicht entnehmen.(Rn.100) (Rn.106)

anhängig BGH, kein Datum verfügbar, VIa ZR 222/25

Tenor

* 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 18.03.2022, Az. 11 O 570/20,

* - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen –

* teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

* Die Beklagte wird verurteilt, an die Erbengemeinschaft, bestehend aus Frau …, Herrn … und der Klagepartei 3.281,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 09.05.2025 zu bezahlen.

* Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

* 2. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben die Klagepartei 9/10, die Beklagte 1/10 zu tragen; von den Kosten II. Instanz haben die Klagepartei 4/5, die Beklagte 1/5 zu tragen.

* 3. Dieses Urteil und - soweit es nicht abgeändert wurde - das mit der Berufung angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

* 4. Die Revision wird zugelassen.

* 5. Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 25.000 €

Gründe

* 1
* Die Klagepartei verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs, da dieses von der Beklagten mit unzulässigen Abschalteinrichtungen versehen worden sei.

* 2
* Die Klagepartei ist - mit einem Erbteil von einem Drittel - Miterbin des am 11.07.2012 verstorbenen Käufers des streitgegenständlichen Fahrzeugs (nachfolgend auch: Erblasser; Erbschein vom 17.10.2012 - Anl. K1a). Der Erblasser kaufte das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz E 220 CDI am 15.06.2011 von der Beklagten mit einer damaligen Laufleistung von 19.000 km zu einem Preis von 32.815,50 € (Anl. K1). Das Fahrzeug war von der Beklagten unter Verwendung eines Motors mit der Bezeichnung OM 651 hergestellt worden und verfügt über eine EG-Typgenehmigung nach der Schadstoffklasse Euro 5.

* 3
* In dem Fahrzeug kommt eine Abgasrückführung (AGR) zur Anwendung, bei der das im Rahmen der Verbrennung entstandene Abgas in den Brennraum zurückgeleitet wird und somit erneut an der Verbrennung teilnimmt, was sich mindernd auf die Stickoxidemissionen (NOx-Emissionen) auswirkt. Die AGR arbeitet bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug u.a. temperaturgesteuert, wird also beim Unterschreiten verschiedener Schwellentemperaturen reduziert.

* 4
* Weiter verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug über eine sogenannte „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ (KSR), auch als „geregeltes Kühlmittelthermostat“ bezeichnet, bei der die – durch den Einsatz einer Kühlung – verzögerte Erwärmung des Motoröls zu niedrigeren NOx-Emissionen führt.

* 5
* Über ein SCR-System verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug nicht.

* 6
* Mit ihrer Klage vom 03.12.2020 hat die Klagepartei unter Vorlage des Erbscheins Schadensersatz wegen des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs von der Beklagten verlangt und Zahlung an sich begehrt, da sie - wie sie mit der Replik vom 03.09.2021 klargestellt hat - von den Miterben zur Einziehung der Forderung ermächtigt sei. Zugleich hat die Klagepartei mit der Replik geltend gemacht, Inhaberin der streitgegenständlichen Ansprüche zu sein, da der Erblasser das Fahrzeug im Rahmen eines Treuhandgeschäfts zu ihren Gunsten erworben und alle im Zusammenhang mit dem Erwerb stehenden Forderungen auf sie übertragen habe.

* 7
* Zuletzt hat die Klagepartei erstinstanzlich - unter Rücknahme des ursprünglichen Klageantrags Ziffer 1) im Übrigen - beantragt für Recht zu erkennen:

* 8
* 1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an die Klagepartei 22.009,19 € zu bezahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.11.2020 gegen Herausgabe und Übereignung

des Fahrzeugs Mercedes-Benz E 220 CDI, FIN WDD2122…..

* 9
* 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagtenpartei verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei das Fahrzeug Fahrzeugs Mercedes-Benz E 220 CDI, FIN WDD2122… dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.

* 10
* hilfsweise:

* 11
* Es wird festgestellt, dass die Beklagtenpartei verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei in den Motor, Typ OM 651, des Fahrzeugs Mercedes-Benz E 220 CDI, FIN WDD2122…., eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt.

* 12
* 3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziff. 1 genannten PKW im Annahmeverzug befindet.

* 13
* 4. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.489,48 € freizustellen.

* 14
* Die Beklagte hat beantragt,

* 15
* die Klage abzuweisen.

* 16
* Die Beklagte hat bestritten, dass die Klagepartei zur Einziehung der Forderung ermächtigt sei oder auf Grund eines Treuhandgeschäfts Inhaberin der - schon dem Grunde nicht bestehenden - Forderungen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

* B.

* 17
* Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung u.a. ausgeführt, der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil schon die objektiven Voraussetzungen einer Haftung aus § 826 BGB nicht dargetan seien; kaufrechtliche Ansprüche - welche die Klagepartei schon nicht geltend mache - seien jedenfalls verjährt.

* C.

* 18
* Gegen dieses Urteil hat die Klagepartei Berufung eingelegt, mit welcher sie ihr ursprüngliches Begehren zunächst weiterverfolgt hat.

* 19
* Am 24.07.2023 hat die Klagepartei - im Einverständnis mit den Miterben - das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer Gesamtkilometerlaufleistung von 129.000 km für 12.500,00 € unter Verwendung eines „ADAC-Kaufvertrags für den privaten Verkauf“ weiterverkauft (eA II, Anl. Kl., Bl. 33).

* 20
* Zuletzt hat die Klagepartei in der Hauptsache kleinen Schadensersatz, hilfsweise Differenzschadensersatz geltend gemacht und ihr Begehren mit Schriftsatz vom 08.05.2025 (eA II, Bl. 357) auf Zahlung an die Miterbengemeinschaft umgestellt.

* 21
* Die Klagepartei beantragt zuletzt (eA II, Bl. 377):

* 22
* Die Beklagte wird verurteilt, an die Erbengemeinschaft, bestehend aus Frau …, Herrn …. und dem Kläger, einen Betrag bezüglich des Fahrzeugs Mercedes-Benz E-Klasse T-Modell 220 cdi, FIN: WDD2122…, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird jedoch mindestens 3.281,55 € (10 % des gezahlten Kaufpreises von 32.815,50 €) betragen muss, nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 17.11.2020, zu zahlen.

* 23
* Die Beklagte beantragt

* 24
* die Berufung zurückzuweisen.

* 25
* Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und macht insbesondere geltend, dass das Fahrzeug bereits nicht über unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge. Die AGR sei aus Motorschutzgründen zulässig; die KSR sei bereits keine Abschalteinrichtung. Zumindest führe das von ihr entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update im Wege der Vorteilsausgleichung zu einem Wegfall eines Schadens. Darüber hinaus erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung. Schließlich sei die Klagepartei jedenfalls auf Grund der Weiterveräußerung des Fahrzeugs, mit welcher sie die streitgegenständlichen Ansprüche an den Erwerber abgetreten habe, nicht mehr aktivlegitimiert.

* D.

* 26
* Der Senat hat mit den Parteien am 17.04.2025 mündlich verhandelt. Eine in die Berufungsverhandlung eingeführte, auf den Stichtag der Veräußerung bezogene Restwertabfrage bei DAT ergab einen Händlereinkaufspreis von 9.339 €. Mit Zustimmung der Parteien hat der Senat am 17.04.2025 die Entscheidung im schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs. 2 ZPO) angeordnet. Im Übrigen wird auf das Protokoll der Berufungsverhandlung sowie die Berufungsbegründung vom 25.07.2022, die Berufungserwiderung vom 21.09.2022 und die weiteren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

* II.

* 27
* Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Sache teilweise Erfolg. Der zuletzt hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Leistung von Differenzschadensersatz an die Miterbengemeinschaft steht der Klagepartei in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu.

* A.

* 28
* Die Klage ist jedenfalls in der zuletzt gestellten Form zulässig.

* 29
* Dahin stehen kann insoweit, ob die Klage nach Einreichung der Replik vom 03.09.2021 - mit welcher die Klagepartei ihr auf Zahlung an sich gerichtetes Begehren einerseits auf das Recht der Erbengemeinschaft, welche sie zur Einziehung an sich ermächtigt habe, gestützt, anderseits aber eigenes Recht geltend gemacht und behauptet hatte, der Erblasser habe das Fahrzeug zu ihren Gunsten im Rahmen eines Treuhandgeschäfts erworben und ihr daher noch zu Lebzeiten die sich aus dem Erwerb ergebenden Rechte verschafft - als unzulässig anzusehen war. Zwar oblag es der Klagepartei mit Blick auf die danach bestehende alternative Klagehäufung (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 21.01.2025 – VI ZR 141/24, juris Rn. 7) festzulegen, in welchem Rangverhältnis sie die sich aus diesem Vortrag ergebenden,

verschiedenen Streitgegenstände zu Entscheidung stellt, wobei zweifelhaft erscheint, ob sich eine solche Festlegung, welche die Klagepartei nicht ausdrücklich erklärt hatte, im Wege der Auslegung hätte gewinnen lassen (vgl. BGH, Urteile vom 17.01.2023 – VI ZR 203/22, juris Rn. 14; vom 29.06.2021 – VI ZR 566/19, juris Rn. 9 jew. mwN). Darauf kommt es aber nicht mehr an, weil die prozessual erforderliche Individualisierung des Streitgegenstands im Laufe des Verfahrens nachgeholt werden kann und die Klagepartei vorliegend ihr auf eigenes Recht gestütztes Begehren fallen gelassen und die Berufung insoweit schlüssig zurückgenommen hat.

* 30
* Soweit die Klagepartei ihr auf das Recht der Miterben gestütztes Begehren darüber hinaus - wiederum unter schlüssiger Berufungsrücknahme im Übrigen - dahin gehend geändert hat, dass sie nicht mehr Zahlung an sich, sondern Zahlung an alle Miterben verlangt, ergeben sich ebenfalls keine Bedenken. Denn hierin liegt keine Klageänderung, sondern eine gem. §§ 525, 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige qualitative Beschränkung des ursprünglichen Klageantrags (BGH, Beschluss vom 19.04.2005 – VI ZB 47/03, juris Rn. 10; Urteil vom 21.12.1989 – VII ZR 84/89, juris Rn. 9 jew. mwN).

* B.

* 31
* Soweit die Beklagte die Aktivlegitimation der Klagepartei (nachfolgend auch: Weiterverkäufer) in Frage stellt, weil sie die streitgegenständlichen Ansprüche mit dem am 24.07.2023 geschlossenen Vertrag (nachfolgend: Weiterverkaufsvertrag) an den Käufer (nachfolgend auch: Neuerwerber) abgetreten habe, vermag sie damit nicht durchzudringen. Eine solche Abtretung wäre zwar auch in der vorliegenden Konstellation wirksam, nachdem der Vertrag mit Einverständnis der Miterben geschlossen wurde (vgl. hierzu etwa MüKo/Gergen, BGB, 9. Aufl., § 2040 Rn. 18 mwN); die beklagtenseits geltend gemachte Abtretung lässt sich der Klausel aber nicht entnehmen. Die Klausel lautet (Anl. Kl Verkaufsvertrag, eA II – Anl. Kl., Bl. 33):

* 32
* „Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Haftung für Sach- und Rechtsmängel sowie für Mängel an digitalen Produkten und an Waren mit digitalen Elementen verkauft1. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schäden, die aufgrund einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen sowie bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit2. Ggf. noch bestehende Ansprüche aus der Haftung für Sach- und Rechtsmängel sowie für Mängel an digitalen Produkten und an Waren mit digitalen Elementen werden ebenso wie ggf. bestehende Garantieansprüche an den Käufer abgetreten.3“

* 33
* Von dieser im Weiterverkaufsvertrag enthaltenen Abtretungsklausel werden die streitgegenständlichen deliktischen Ansprüche nicht erfasst; die Klausel bezieht sich aufgrund ihres eindeutigen Wortlautes allein auf die vertraglichen Ansprüche aus Sach- und Rechtsmängelhaftung sowie Garantieansprüche aus dem Ursprungskaufvertrag (nachfolgend auch: vertragliche Mängelrechte) gegenüber dem Vorverkäufer, von dem die Klagepartei das streitgegenständliche Fahrzeug erworben hatte. Auf die Frage, ob der Weiterverkaufsvertrag als Individualvertrag zu beurteilen ist, oder ob er AGB-rechtlich auszulegen ist, kommt es insoweit nicht an.

* 1.

* 34
* Bei einer individualvertraglichen Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt sich die Auslegung, dass deliktische Ansprüche nicht von der Abtretung erfasst sind daraus, dass ein gemäß § 133 BGB vorrangig zu beachtender, abweichender Parteiwille nicht ersichtlich ist, und sich das aus dem Wortlaut der Klausel ergebende Ergebnis mit dem gemäß §§ 133, 157 BGB zu bestimmenden, redlichen Klauselverständnis der Vertragsparteien deckt.

* 35
* a) Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung primär der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des verwendeten Ausdrucks zu haften. Dementsprechend ist für den Inhalt eines Vertrages der übereinstimmende Wille der Beteiligten

maßgebend, selbst wenn die Erklärungen objektiv eine andere Bedeutung haben sollten. Der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien hat mithin Vorrang vor dem Vertragswortlaut und geht jeder anderen Interpretation vor (ständige Rechtsprechung: u.a. BGH, Urteil vom 15.11.1995 – XII ZR 72/94, juris Rn. 24 mwN.). Ein übereinstimmender, tatsächlicher Wille der Parteien des Weiterverkaufsvertrages in dem Sinne, dass auch deliktische Ansprüche abgetreten werden sollten, wird von den Parteien aber bereits nicht vorgetragen. Die Beklagte stützt sich für die von ihr favorisierte Auslegung allein auf eine normative Auslegung der Vertragsklausel.

* 36
* b) Mangels eines vorgetragenen oder feststellbaren übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillens ist die Klausel gem. §§ 133, 157 BGB danach auszulegen, wie die beiden Vertragsparteien die Vertragsklausel nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist im Rahmen der Auslegung in erster Linie der von den Vertragsparteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen; weiter sind sämtliche Begleitumstände und die Interessenlage der jeweiligen Vertragspartei (§§ 133, 157 BGB) zu beachten, soweit diese Umstände für den Vertragspartner bei Vertragsschluss erkennbar waren (st. Rspr. etwa BGH, Urteile vom 16.11.2022 – VIII ZR 383/20, juris Rn. 33; vom 19.09.2018 – VIII ZR 231/17, juris Rn. 17; vom 16.10.2012 – X ZR 37/12, juris Rn. 18 jew. mwN). Danach bezieht sich die Klausel aufgrund ihres Wortlauts und der in ihr erkennbar zum Ausdruck gebrachten typischen Interessenlage privater Käufer und Verkäufer eindeutig allein auf die vertraglichen Mängelrechte und erfasst nicht die streitgegenständlichen deliktischen Ansprüche (ebenso: Eggert, DAR 2015, 541, 545; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 19ff). Der gegenteiligen Auffassung des 23. Zivilsenats des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart, Urteil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris) zu einer fast wortgleichen Klausel folgt der Senat nicht.

* 37
* aa) Bei der Auslegung des Terminus „Ansprüche aus Sachmängelhaftung“ ist nicht darauf abzustellen, was der ADAC als Ersteller des Mustervertrages und rechtskundige Person hierunter verstanden wissen wollte, vielmehr hat die Auslegung sich danach auszurichten, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1992 – IX ZR 141/91, juris Rn. 19 mwN). Somit kommt es darauf an, was die Parteien des Weiterverkaufvertrages als juristische Laien unter dem Begriff „Ansprüche aus der Haftung für Sach- und Rechtsmängel“ verstanden hatten. Bedienen sich Laien technischer Ausdrücke der Rechtssprache, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass diese fachgerecht verwendet werden (vgl. Singer in Staudinger, BGB, 2017, § 133 Rn. 46), jedoch ist die Verwendung des Rechtsbegriffs „Sachmängelhaftung“ – auch bei einer Verwendung durch Laien – gleichwohl ein Indiz dafür, dass dies auch von den Laien so gewollt war. Dem juristischen Laien dürfte zwar eine Abgrenzung der Sachmängelhaftung nach §§ 434 ff BGB von einer Garantie nicht geläufig sein; gleichwohl ist allgemein – und damit auch einem Laien – bekannt, dass eine Sachmängelhaftung aus einem Vertrag folgt und dass eine deliktische Haftung nicht an einen Vertragsschluss anknüpft, sodass auch aus der verständigen Sicht eines Laien, auf die hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte abzustellen ist, der Begriff Sachmängelhaftung keine Haftung auf deliktischer Grundlage umfasst. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien von einem anderen Verständnis ausgegangen waren, sind nicht ersichtlich.

* 38
* bb) Für den Schluss, dass die Parteien den Begriff „Sachmängelhaftung“ auch im juristischen Sinn verwenden wollten, spricht auch die unveränderte Verwendung des ADAC-Musterkaufvertrages und damit der dargestellten Klausel. Das Vertragsmuster eines der größten Automobilverbände trägt erkennbar der typischen Interessenlage der Parteien eines privaten Pkw-Kaufvertrages Rechnung.

* 39
* Ein privater Verkäufer will üblicherweise gegenüber seinem Vertragspartner selbst nicht gewährleistungspflichtig werden, da er diese Risiken weder zuverlässig abschätzen kann, noch im Gewährleistungsfall selbst zur Erfüllung in der Lage ist. Dem trägt Satz 1 der Klausel durch den Ausschluss der Sachmängelhaftung Rechnung. Indessen kann sich die damit ausgeschlossene Sachmängelhaftung auch auf Mangelfolgeschäden beziehen (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB – Schadensersatz „neben der Leistung“), d.h. solche Schäden erfassen, die aufgrund der Mangelhaftigkeit

des Fahrzeuges an anderen Rechten und Rechtsgütern eintreten, insbesondere Leben, Körper und Gesundheit betreffen. Nach § 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB ist ein Ausschluss der Haftung aber nur wirksam, wenn solche Schäden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgenommen werden. Entsprechendes gilt nach § 309 Nr. 7 Buchstabe b BGB für die Haftung wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Beidem trägt Satz 2 der Klausel Rechnung, dessen Funktion daher darin besteht und sich darin erschöpft, die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nach Satz 1 auch für den Fall zu sichern, dass die Klausel einer AGB-Kontrolle standhalten muss. Soweit vertreten wurde, dass Satz 2 der Klausel einen Umkehrschluss erlaube, der zu einer Erweiterung des Begriffs der „Sachmängelhaftung“ unter Einschluss deliktischer Ansprüche führe (OLG Stuttgart, Urteil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris Rn. 51), so teilt der Senat diese Auffassung nicht.

* 40
* cc) Diese Auslegung deckt sich mit der für die Parteien des Weiterverkaufsvertrags erkennbaren, typischen Interessenlage. An Ansprüchen aus Sachmängelhaftung gegen seinen früheren Verkäufer hat der private Weiterverkäufer mit der Weiterveräußerung des Fahrzeuges in der Regel kein Interesse mehr, weshalb ein Verlust dieser Ansprüche für ihn keine wirtschaftliche Einbuße bedeutet. Für den Neuerwerber besitzen diese Ansprüche – sofern noch durchsetzbar – aber einen wirtschaftlichen Wert, weshalb sie, als Ausgleich für den zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsausschluss, abgetreten werden. Dieser erkennbaren Interessenlage trägt Satz 3 der Klausel Rechnung. Eine damit korrespondierende Interessenlage, die für eine globale Abtretung aller deliktischen Ansprüche sprechen könnte, fehlt hingegen, so dass dahinstehen kann, ob sie sich gegen den eindeutigen Wortlaut durchsetzen könnte. Denn von der globalen Abtretung aller deliktischen Ansprüche des Weiterverkäufers gegen seinen Verkäufer wären beispielsweise auch Schadensersatzansprüche wegen durch Produktfehler verursachter Körperschäden des Weiterverkäufers erfasst, für deren Abtretung ein Wille des Weiterverkäufers auch aus Sicht des Neuerwerbers – der zudem kein berechtigtes Interesse am Erwerb solcher Ansprüche hat – erkennbar fehlt.

* 41
* Diese im ausdrücklichen Wortlaut der Klausel eindeutig zum Ausdruck kommende typisierte Interessenlage, welche allein auf die Abtretung von Ansprüchen aus vertraglichen Mängelrechten gerichtet ist, haben sich die Parteien des Weiterverkaufsvertrags erkennbar als für sich passend zu eigen gemacht, indem sie die vorformulierte Klausel unverändert übernommen haben.

* 42
* dd) Diesem Auslegungsergebnis kann nach Auffassung des Senats weder entgegengehalten werden, dass der Wille der Parteien regelmäßig nicht darauf gerichtet sei, eine Gesamtgläubigerschaft zu begründen noch ist das Auslegungsergebnis im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu korrigieren (aA OLG Stuttgart, Urteil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris Rn. 56ff).

* 43
* (1.) Insofern mag zutreffen, dass bei gegebener Anspruchskonkurrenz, die auch zwischen deliktischen Ansprüchen und Gewährleistungsansprüchen gegenüber einem Fahrzeugverkäufer bestehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.2004 – VIII ZR 386/02, juris Rn. 12 mwN), eine beschränkte Abtretung einzelner Ansprüche nur selten dem Willen der Vertragspartner entspricht. Denn dadurch entstünde eine Gesamtgläubigerschaft, die zur Folge hat, dass der Schuldner Gefahr läuft, wegen desselben Sachverhalts von verschiedenen Gläubigern verklagt zu werden (BGH, Urteil vom 09.12.1998 – XII ZR 170/96, juris Rn. 21 mwN), weshalb eine wirksame Abtretung die - hier fehlende - Mitwirkung des Schuldners erfordern soll (vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 28; MüKo/Kieninger, BGB, 9. Aufl., § 398 Rn. 89 jew. mwN). Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass die Parteien im Zweifel dasjenige wollen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung rechtswirksam ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (etwa BGH, Urteil vom 09.12.1998 – XII ZR 170/96, juris Rn. 22), folgt daraus nach Auffassung des Senats aber nicht, dass auch deliktsrechtliche Ansprüche von der Abtretungsklausel erfasst sein sollen. Dem steht – wie dargelegt - nicht nur der eindeutige Wortlaut Klausel und ihre Systematik entgegen. Es fehlt - auch mit Blick auf die aus einer Gesamtgläubigerschaft resultierenden Gefahren – auch an einer darauf gerichteten Interessenlage der Parteien des Weiterverkaufsvertrags. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass es keinesfalls zwingend ist, dass eine solche Gesamtgläubigerschaft überhaupt entstehen würde, da dies voraussetzt, dass der Schuldner

der abgetretenen Sachmangelhaftungsansprüche zugleich der Schuldner der deliktischen Ansprüche ist, was indessen nur dann der Fall ist, wenn es sich bei dem Schuldner um den Vorverkäufer handelt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 30); zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Ansprüche aus Sachmängelhaftung im Regelfall einer kürzeren Verjährung (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) unterliegen als die deliktsrechtlichen Ansprüche, so dass es nicht selten vorkommen wird, dass bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Weiterverkaufsvertrags eine Konkurrenz durchsetzbarer Ansprüche selbst dann nicht mehr besteht, wenn der Vorverkäufer auch der Deliktsschuldner ist. Wenn die Parteien aber bei dieser Sachlage eine erkennbar auf die typische Interessenlage zugeschnittene und nicht nach diesen Konstellationen differenzierende Klausel verwenden, geben sie zu erkennen, dass sie die für den typischen Fall passende Klausel unabhängig davon vereinbaren wollen, ob im Einzelfall ein Fall der Gesamtgläubigerschaft begründet würde, oder nicht.

* 44
* (2.) Auch für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen wäre, besteht mangels Lücke bereits kein Raum. So fehlt bereits ein Bedürfnis des Neuerwerbers auch deliktsrechtliche Ansprüche zu erwerben. Denn dem Zweck, dem die Abtretung dient, einen Ausgleich für den Ausschluss der Sachmängelhaftung zu schaffen, ist bereits genügt, wenn der Weiterverkäufer – als Ausgleich für die ausgeschlossene eigene Sachmängelhaftung – die ihm verbliebenen Ansprüche aus Gewährleistungsrecht an den Neuerwerber abtritt. Eine darüberhinausgehende Abtretung auch deliktischer Ansprüche würde dem Neuerwerber mehr Rechte verschaffen, als er ohne den Gewährleistungsschluss hätte (so zutreffend OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 34). Dies gilt umso mehr mit Blick auf die hier in Rede stehenden Ansprüche auf Grund behaupteter Abgasmanipulationen, weil der Neuerwerber mit Abschluss seines Kaufvertrages unter grundsätzlich gleichen tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen eigene deliktsrechtliche Ansprüche gegen den Fahrzeughersteller erwirbt.

* 45
* Darüber hinaus, wäre eine Lücke in den Vereinbarungen der Parteien durch ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) in der Weise zu schließen, wie die Parteien den Fall im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte geregelt hätten (BGH, Urteil vom 20.12.1996 – V ZR 259/95, juris Rn. 12 mwN). Auch danach wäre davon auszugehen, dass die Klagepartei ihre deliktischen Ansprüche nicht abgetreten hätte und der Erwerber hierauf auch nicht bestanden hätte. Denn ein legitimes Interesse dafür, warum der Neuerwerber unter den Voraussetzungen des § 826 BGB nicht nur seinen Kaufvertrag, sondern zusätzlich auch den vom Vorbesitzer seinerzeit geschlossenen Kaufvertrag (bei dem der von ihm selbst gezahlte Kaufpreis als Vorteil in Ansatz zu bringen ist) rückabwickeln können soll und damit in der Summe als Gebrauchtwagenkäufer im Ergebnis – vorbehaltlich gezogener Nutzungen – den ursprünglich vom Erstkäufer gezahlten Kaufpreis verlangen können soll, ist nicht ersichtlich.

* 2.

* 46
* Das gleiche Auslegungsergebnis würde sich auch für den Fall ergeben, dass die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich auszulegen wäre. Der Frage, welche der Parteien des Weiterverkaufsvertrags den verwendeten Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht hat, und ob sie diesen unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage erhoben und damit im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat, womit sie als Verwender anzusehen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, juris Rn. 10ff), war daher nicht nachzugehen.

* 47
* a) Wäre die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen, so wäre sie nach ständiger Rechtsprechung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen ist. Ansatzpunkt für die bei einer Formularklausel

gebotene objektive, grundsätzlich nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut. Ist der Wortlaut der Klausel nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (etwa BGH, Urteile vom 05.10.2022 – VIII ZR 117/21, juris Rn. 57; vom 28.09.2022 – VIII ZR 319/20, juris Rn. 24; vom 20.01.2016 – VIII ZR 152/15, juris Rn. 18 jew. mwN).

* 48
* b) Auch bei Zugrundelegung dieses Auslegungsmaßstabs, ergäbe sich ein von der individualvertraglichen Auslegung abweichendes Klauselverständnis vorliegend nicht. Denn auch die individualvertragliche Auslegung orientiert sich im Streitfall – wie dargelegt – maßgeblich am Wortlaut der Klausel und der typischen Interessenlage durchschnittlicher Vertragspartner (ebenso für einen vergleichbaren Fall: OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 30ff). Da dieses Auslegungsergebnis, wie dargelegt, eindeutig ist, ergibt sich im Streitfall auch aus § 305c Abs. 2 BGB kein anderes Ergebnis, weil damit die Anwendungsvoraussetzungen der Unklarheitenregel nicht vorliegen (vgl. etwa: BGH, Urteil vom 27.05.2020 – VIII ZR 45/19, juris Rn. 119 mwN).

* C.

* 49
* Soweit die Klagepartei ihren Anspruch in erster Linie als „kleinen Schadensersatz“ geltend macht, steht ihr ein solcher Anspruch allerdings nicht zu. Ein Anspruch hierauf ergibt sich weder aus §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB (1.), noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (2.), aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (3.) oder aus einer sonstigen Anspruchsgrundlage.

* 1.

* 50
* Ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB besteht nicht, da die Voraussetzungen für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (a.) von der Klagepartei nicht schlüssig behauptet werden. Soweit das streitgegenständliche Fahrzeug über unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 8, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 verfügte, fehlt es jedenfalls an einem zu berücksichtigenden Vortrag der Klagepartei zu einem vorsätzlichen Verhalten von Repräsentanten der Beklagten im Sinn von § 31 BGB (b.). Aus diesem Grund wird weder eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten ausgelöst noch ist die Durchführung einer Beweisaufnahme erforderlich.

* 51
* a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 29). Dabei kann das Inverkehrbringen von mit einer Manipulationssoftware versehenen Motoren auch gegenüber Gebrauchtwagenkäufern als mittelbar Geschädigten objektiv sittenwidrig sein (vgl. BGH a.a.O. Rn. 33).

* 52
* Nach diesen Maßstäben kann das Verhalten eines Fahrzeugherstellers eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung begründen, wenn dieser aufgrund einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch in großer Stückzahl Fahrzeuge in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte

mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 16), mithin diese manipulativ ausgestaltet wurde. Eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde in diesem Sinne ist indiziert, wenn eine im Fahrzeug verbaute unzulässige Abschalteinrichtung ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung grenzwertkausal verstärkt aktiviert. Funktioniert die unzulässige Abschalteinrichtung dagegen auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise oder ist sie nicht grenzwertkausal, kommt eine objektive Sittenwidrigkeit nur in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der Abschalteinrichtung angesichts der sonstigen Umstände die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen kann. Diese Annahme setzt jedenfalls voraus, dass der Fahrzeughersteller bei der Entwicklung und/oder Verwendung der Abschalteinrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm (BGH, Urteil vom 18.12.2024 – VIa ZR 1742/22, juris Rn. 11 mwN). Das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüsteten Kraftfahrzeugs durch einen Fahrzeughersteller ist folglich nicht schon wegen des darin liegenden Gesetzesverstoßes als sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Käufer des Fahrzeugs anzusehen. Damit eine unzulässige Abschalteinrichtung eine Haftung des Fahrzeugherstellers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 303/20, juris Rn. 11 mwN).

* 53
* b) Die Klagepartei trägt mangels tatsächlicher Anhaltspunkte in nicht zu berücksichtigender Weise ins Blaue hinein (aa.) vor, dass Repräsentanten der Beklagten im Sinn von § 31 BGB oder Verrichtungsgehilfen im Sinn von § 831 BGB (insbesondere Ingenieure) hinsichtlich Entwicklung und/oder Einsatz von unzulässigen Abschalteinrichtungen in Gestalt einer temperaturgesteuerten AGR oder der KSR vorsätzlich gehandelt hätten, insbesondere diese wissentlich zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung eingesetzt hätten (bb.). Der Senat erörtert insoweit im Folgenden nicht nur die von der Klagepartei konkret angeführten tatsächlichen Umstände, sondern auch solche, die ihm – worauf die Parteien hingewiesen wurden – aus vergleichbaren Verfahren bekannt geworden sind. Hierdurch wird die Klagepartei nicht benachteiligt, da die weiteren behandelten tatsächlichen Umstände hinsichtlich einer Stützung ihres Vortrages (nicht aber zu dessen Widerlegung) erörtert werden. Auch eine Benachteiligung der Beklagten ist hiermit nicht verbunden, da die Erörterung nicht zur Begründung einer Haftung führt.

* 54
* aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist zwar bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH in ständiger Rechtsprechung u.a. Beschlüsse vom 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, juris Rn. 7; vom 14.01.2020 - VI ZR 97/19, juris Rn. 8).

* 55
* Von der Klagepartei kann daher insbesondere nicht verlangt werden, Einzelheiten zu den von ihr behaupteten Manipulationen vorzutragen. Hierbei ist es einer Partei nicht verwehrt, Umstände zu behaupten, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH jeweils am a.a.O.). Dennoch nicht zu berücksichtigen ist aber ein nach Vorstehendem schlüssiger Tatsachenvortrag, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts zu haben, willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten, so dass sie in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; vom 14.01.2020 - VI ZR 97/19, juris Rn. 8).

* 56
* bb) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen (insbesondere Ingenieure) der Beklagten in Bezug auf die Verwendung der AGR (2.) oder der KSR (3.) vorsätzlich

gehandelt haben, d.h. in dem Wissen oder der billigenden Inkaufnahme, dass diese Einrichtungen unzulässige Abschalteinrichtungen darstellen, sind nicht ersichtlich.

* 57
* (1.) Die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart begründen hinsichtlich des gegenständlichen Sachverhalts keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln – weder von Repräsentanten i.S.v. § 31 BGB noch von Verrichtungsgehilfen i.S.v. § 831 BGB der Beklagten. Dem Senat ist aus gegenüber dem 16a. Zivilsenat erteilten Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 05.05.2021 (in 16a U 173/19), vom 21.10.2021 (16a U 60/19) und vom 17.11.2021 (ebenfalls 16a U 60/19) bekannt, dass sich diese strafrechtlichen Ermittlungen in persönlicher Hinsicht nicht auf Repräsentanten der Beklagten im Sinn von § 31 BGB beziehen und – soweit sie sich gegen Mitarbeiter unterhalb der Ebene von Repräsentanten richten – zuletzt in sachlicher Hinsicht nicht mehr auf Euro 5-Fahrzeuge der Beklagten erstreckt haben. Denn hinsichtlich dem Einsatz von unzulässigen Abschalteinrichtungen bei Euro 5-Fahrzeugen der Beklagten hat die Staatsanwaltschaft Stuttgart ihre strafrechtlichen Ermittlungen mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt, da sie u.a. keine Feststellungen zu einer subjektiven Tatbestandsverwirklichung habe treffen können (vgl. OLG Stuttgart, Urteile vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 52; vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 33). Auch soweit die Ermittlungen bei Euro 6-Fahrzeugen fortgeführt wurden und zum Erlass von Strafbefehlen geführt haben, erstreckten sich die Ermittlungen nur auf Fahrzeuge, die von zum Ermittlungszeitpunkt bestehenden Rückrufbescheiden des KBA wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen im SCR-System betroffen waren. Zu diesen zählt das streitgegenständliche Fahrzeug nicht. Dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart gegen die Beklagte einen Bußgeldbescheid wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG verhängt hat, begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Verhalten für die Beklagte handelnder Personen.

* 58
* (2.) Hinsichtlich der Verwendung des Thermofensters fehlen tatsächliche Anhaltspunkte für eine unterbliebene Offenlegung gegenüber dem KBA oder ein sonstiges vorsätzliches Handeln in Bezug auf den Einsatz als unzulässige Abschalteinrichtung.

* 59
* (a) Denn dem KBA war der allgemeine Einsatz von „Thermofenstern“ bekannt. Dies ergibt sich u.a. aus dem bekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 (so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, juris Rn. 15). Das KBA wäre daher bei unzureichenden oder gar fehlenden Angaben zu einer temperaturgesteuerten AGR nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 26).

* 60
* (b) Anhaltspunkte für ein heimliches und manipulatives Vorgehen, durch welches das KBA von Nachfragen abgehalten worden wäre, oder für eine anderweitige Überlistung des KBA werden nicht vorgetragen.

* 61
* (c) Raum für eine Anordnung der Vorlage der Antragsunterlagen nach § 142 Abs. 1 ZPO besteht insoweit nicht. Auch wenn die Regelung des § 142 ZPO nicht unmittelbar Beweiszwecken dient, sondern dem Gericht als Maßnahme der materiellen Prozessleitung ermöglichen soll, sich frühzeitig einen umfassenden Überblick über den Prozessstoff zu verschaffen (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rn. 1), setzt eine solche Anordnung einen schlüssigen und zu berücksichtigenden Klagevortrag voraus (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rn. 7; BGH, Urt. v. 26.06.2007 – XI ZR 277/05, juris Rn. 20 a.E.) und dient nicht dazu, einen solchen erst herbeizuführen.

* 62
* (d) Bei einer Abschalteinrichtung, die – beim Vorliegen der äußeren Bedingungen – im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte –

insbesondere solcher für eine manipulative Ausgestaltung – nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 26). Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten und deren vorsätzlichem Handeln nicht.

* 63
* (e) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) als unzulässige Abschalteinrichtungen angesehen werden (für ein Thermofenster, bei dem die volle Abgasreinigung nur in einem Außentemperatur-Fenster von 15 bis 33 Grad Celsius stattfindet, vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH v. 23.09.2021 – C-128/20, Celex-Nr. 62020CC0128, Rn. 104, juris) und auch der EuGH solche Thermofenster als Abschalteinrichtungen ansieht, die nur unter der eng auszulegenden Voraussetzung des Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig sein sollen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20 und C-145/20), ändert an der vorstehenden Beurteilung ebenso wenig etwas wie der Umstand, dass auch das KBA seine Rechtsauffassung inzwischen geändert hat und unter anderem durch den Rückrufbescheid vom 13.12.2023 Thermofenster in weiterem Umfang rügt als dies bisher der Fall war, wie die Beklagte in zahlreichen Verfahren vorgetragen hat. Denn für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind die damaligen, bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges bestehenden Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich (ebenso OLG Stuttgart, Urteile vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 57; vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 38).

* 64
* (3.) Auch die unstreitig in dem streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene KSR lässt keinen Rückschluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Weder kann aus ihrer Nichtangabe im EG-Typgenehmigungsverfahren auf ein vorsätzliches Handeln geschlossen werden (a) noch werden tatsächliche Anhaltspunkte zu ihrer Ausgestaltung vorgetragen, die diesen Schluss zulassen ((b) bis (d)).

* 65
* (a) Der Umstand, dass die KSR dem KBA zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht bekannt war, weil sie im Genehmigungsverfahren von der Beklagten nicht angegeben worden war, kann hieraus nicht ohne weiteres auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen, d.h. Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) als auch Repräsentanten (§ 31 BGB), geschlossen werden.

* 66
* Da eine Abschalteinrichtung nur ausnahmsweise zulässig ist, dürfte zwar davon auszugehen sein, dass eine solche grundsätzlich im EG-Typgenehmigungsverfahren – auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren – offen zu legen ist, da nur dann die Genehmigungsbehörde in die Lage versetzt wird, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen. Ein vorsätzliches Handeln setzt insoweit aber voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen, d.h. in erster Linie die die KSR entwickelnden Ingenieure, erkannt hatten, dass es sich bei dieser um eine Abschalteinrichtung handelt und, dass diese auch unzulässig ist. Denn nur, wenn auch die Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung ohne weiteres erkennbar war, kann sowohl auf eine gewollte Täuschung zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung geschlossen werden als auch darauf, dass dieser für die Beklagte wesentliche, ihre Compliance betreffende Umstand, auch intern bis zur Ebene ihrer Repräsentanten weitergeleitet worden ist. Tatsächliche Anhaltspunkte hierfür, d.h. dass die KSR konkret so ausgestaltet war, dass deren Unzulässigkeit zur Zeit des Fahrzeugerwerbs, mithin vor Erhellung der Rechtslage durch den EuGH, von Repräsentanten der Beklagten oder den entwickelnden Ingenieuren ohne weiteres hätte erkannt werden müssen, werden weder von der Klagepartei vorgetragen noch sind solche anderweitig ersichtlich. Daran ändert auch eine Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001 nichts.

* 67
* (b) Die Klagepartei behauptet lediglich ins Blaue hinein, dass die KSR auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb funktioniere (aa) oder an eine Prüfstandserkennung geknüpft sei (bb). Tatsächliche Anhaltspunkte werden hierfür nicht vorgetragen. Der Umstand, dass die Bedatung der

Einrichtung an die Prüfbedingungen des NEFZ angelehnt ist, lässt keinen Schluss auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten zu (cc).

* 68
* (aa) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die KSR im realen Fahrbetrieb – bei gleichen äußeren Bedingungen wie auf dem Prüfstand – anders funktioniere als auf dem Prüfstand des NEFZ, sind nicht ersichtlich.

* 69
* Aus dem Umstand, dass nach – senatsbekannten – Auskünften des KBA, die KSR unter Prüfbedingungen eine niedrigere Kühlmitteltemperatur einregele, mit der Folge höherer AGR-Raten, aber nach Ablauf eines Timers eine höhere Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde, mit der Folge geringerer AGR-Raten, kann nicht geschlossen werden, die KSR funktioniere auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb (ebenso OLG Stuttgart, Urteile vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 66; vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 45). Auch lassen sich den Auskünften des KBA keine Angaben dazu entnehmen, nach Ablauf welcher konkreten Zeit und unter welchen Bedingungen der Timer die KSR in einen Modus mit einem schlechteren Emissionsverhalten versetzen soll. Zudem gibt das KBA selbst an, dass die Steuerung der KSR nicht an die Erkennung des Prüfstandes des NEFZ geknüpft, sondern lediglich an dessen Randbedingungen „angelehnt“ sei (vgl. u.a. Auskunft des KBA vom 29.03.2021 gegenüber dem Landgericht Erfurt, so bereits Senatsurteil vom 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 51).

* 70
* (bb) Auch für eine behauptete Steuerung der KSR mittels einer sittenwidrigen Prüfstandserkennung, also einer Technik, die danach unterscheidet, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet. und die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb Emissionskontrolltechniken aktiviert, welche einen gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierten Emissionsausstoß bewirken (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 06.11.2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 11) oder für eine prüfstandsbezogene Bedatung, worunter eine Bedatung mit Parametern zu verstehen ist, die im realen Betrieb praktisch in dieser Kombination nicht vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21, juris Rn. 25), werden keine tatsächlichen Anhaltspunkte angeführt (vgl. dazu bereits u.a. Senatsurteil v. 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 52ff).

* 71
* [1] Die Existenz einer Prüfstandserkennung in Bezug auf den NEFZ, über die jedes Fahrzeug verfügt, lässt keinen Schluss darauf zu, dass über diese auch das Emissionsverhalten des Fahrzeugs gesteuert wird, insbesondere die KSR. Denn nahezu alle Fahrzeuge verfügen heute über ein Anti-Blockier-System (ABS), ein Elektronisches Stabilitätsprogramm (ESP) oder vergleichbare Sensoren, die melden, dass das Fahrzeug sich nicht normal bewegt. Um ein Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand betreiben zu können, muss dieses daher den Rollenprüfstand von sich aus erkennen oder es muss ihm gesagt werden. Dies ist senatsbekannt (vgl. u.a. S. 249, 252 des Berichts des 5. Untersuchungsausschusses gem. Art. 44 GG vom 22. Juni 2017, BT-Drucks. 18/12900). Dass über diese Prüfstandserkennung auch das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gesteuert wird, folgt daraus nicht.

* 72
* [2] Auch aus bei Realbetriebsmessungen ermittelten Emissionsgrenzwertüberschreitungen kann nicht auf eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges beeinflussende Prüfstandserkennung geschlossen werden. Im realen Fahrbetrieb gemessene Emissionsgrenzwertüberschreitungen sind bereits als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 VO (EG) Nr. 715/2007 untauglich. Der Umstand, dass die Emissionen im Realbetrieb über denen auf dem Prüfstand liegen, liegt auf der Hand (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, Rn. 23, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 36; OLG München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 42). Dies folgt neben dem Einfluss von Witterung, Straßenbelag und individuellen Fahrverhalten auch aus den – zulässigerweise – auf dem NEFZ-Prüfstand bestehenden Optimierungsmöglichkeiten (vgl. u.a. OLG Stuttgart Urteile vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 94, und vom 04.05.2021 – 16a U 202/19, juris Rn. 60ff), wonach u.a. das gesamte Fahrzeug bis auf 30°C vorgewärmt werden darf, der Luftdruck in den Reifen erhöht werden, Fugen der Außenhülle abgeklebt

werden und die Nachladung der Fahrzeugbatterie während des Zyklus unterbunden werden darf. Zudem darf zur Erlangung der EG-Typgenehmigung nach der NEFZ-Prüfung diese mit der leichtesten Ausstattungsvariante ohne Beladung gefahren werden.

* 73
* An dieser Einschätzung ändert die Veröffentlichung der Leitlinien der Europäischen Kommission von Januar 2017 nichts. Diese Leitlinien richten sich an die Typgenehmigungsbehörden und zeigen auf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Abweichungen der Emissionen im Vergleich zu den Emissionen im NEFZ nachgegangen werden kann. Dabei differenzieren die Leitlinien zwischen verschiedenen Kategorien und empfehlen, zur Erleichterung der Bewertung der Prüfungen in den verschiedenen Kategorien, Prüfschwellen zu entwickeln, die der annehmbaren Emissionszunahme der jeweiligen Kombinationen von Schadstoffen, Technologien und Bedingungen entsprechen. Jedes Ergebnis einer Emissionsprüfung oberhalb dieser Prüfschwellen sollte als „Verdachtsfall“ eingestuft werden. In Kategorie 3, in der die Prüfungen auf der Straße durchgeführt werden und die Werte der modifizierten Parameter – weitgehend – ungesteuert sind (z. B. die Fahrzeuggeschwindigkeit in Abhängigkeit vom Verkehr sowie die Temperatur), wird ein Schwellenwert des zwei- bis fünffachen zulässigen NOx-Emissionswerts vorgeschlagen. Schon aus dieser differenzierten Ausgestaltung, ab wann – für die Prüfbehörde – von einem Verdachtsfall auszugehen ist, der erst weitere Nachfragen beim Hersteller veranlasst, folgt, dass ein reiner Realbetriebsmesswert für sich gesehen gerade noch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung darstellt, geschweige denn für ein diesbezügliches vorsätzliches sittenwidriges Verhalten der Beklagten bzw. deren Mitarbeiter (ebenso: BGH, Urteil vom 26.10.2023 – VII ZR 619/21, juris Rn. 11 mwN).

* 74
* [3] Auch der Umstand, dass die beiden vorgenannten Umstände kumulativ vorliegen, lässt den Schluss auf einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Umständen, mithin auf eine das Emissionsverhalten steuernde Prüfstandserkennung nicht zu. Denn diese beiden Umstände liegen kumulativ bei jedem Fahrzeug vor, also auch bei solchen ohne unzulässige Abschalteinrichtungen.

* 75
* [4] Der Artikel des Handelsblatts vom 14.04.2019, nach dessen Recherche unter Berufung auf Erkenntnisse des KBA eine Software-Funktion in Gestalt einer speziellen Temperaturregelung, die den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter halte und die Aufwärmung des Motoröls verzögere, mit der Folge, dass die NOx-Werte auf dem Prüfstand auf einem niedrigeren Niveau blieben, nämlich unterhalb des gesetzlichen Grenzwerts im NEFZ, während die Funktion im Straßenbetrieb deaktiviert und der NOx-Grenzwert von 180 mg/km deutlich überschritten werde, ist ebenfalls als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorhandensein einer das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernden Prüfstandserkennung untauglich. Dieser Artikel stützt sich auf die Erkenntnisse des KBA. Das KBA hat in der Folge, nämlich mit Bescheid vom 21.06.2019, aufgrund dieser Erkenntnisse die Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4MATIC des Produktionszeitraumes 2012 bis 2015 zurückgerufen, weil es die KSR als unzulässige Abschalteinrichtung beanstandet hat. Dabei ist aber das KBA - wie aus dessen vorstehend angeführten Auskunft gegenüber dem Landgericht Erfurt vom 29.03.2021 ersichtlich – aber selbst der Ansicht, dass die Steuerung der KSR nicht an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist. Der Artikel kann daher als tatsächlicher Anhaltspunkt nicht weiterreichen als die Erkenntnisse des KBA, auf die er sich stützt. Entsprechendes gilt für den Artikel der Welt vom 22.06.2019.

* 76
* [5] Dafür, dass die KSR an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist bzw. unter Prüfbedingungen anders geregelt werde als im Realbetrieb, begründet auch der Beitrag des Bayerischen Rundfunk vom 10.02.2021 keinen tauglichen tatsächlichen Anhaltspunkt. In dem Artikel heißt es zwar, dass „die betroffenen Fahrzeuge eine Prüffahrt erkennen“ würden. Diese Aussage lässt sich aber der im Artikel hierzu als Beleg zitierten Auskunft des Bundesverkehrsministeriums nicht entnehmen, die wie folgt zitiert wird: „die von Daimler in den betroffenen Fahrzeugen verbaute Strategie zum geregelten Kühlmittelthermostat schaltet unter Prüfbedingungen einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur (…) der NOx-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten wird“. „Unter Prüfbedingungen“, d.h. immer dann, wenn diese Bedingungen vorliegen, und nicht nur auf dem Prüfstand, schaltet die KSR in einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur

der NOx Grenzwert eingehalten werde (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 29; OLG München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 41). Abgesehen davon, dass diese Auskunft des Bundesverkehrsministeriums insoweit mit den bekannten Auskünften des KBA übereinstimmt, kann diese nicht zuverlässiger sein als die des KBA als der zuständigen Fachbehörde, von der das Bundesverkehrsministerium seinerseits seine Informationen erhält. Das KBA hat zudem ausdrücklich klargestellt, dass die KSR nicht über eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Entsprechendes gilt auch für weitere Presseartikel. Deren Reichweite als tatsächlicher Anhaltspunkt kann nicht weitergehen, als die ihnen zugrundeliegenden Aussagen des KBA und des Bundesverkehrsministeriums.

* 77
* [6] Das Gutachten des Sachverständigen Dr. H. vom 12.11.2020 (LG Stuttgart, 27 O 230/18) ist als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Es ist bereits nicht plausibel, wie der Sachverständige aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl und eines Luftmassenstroms im unteren Bereich auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will. Denn diese Parameter können so auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Abgesehen davon führt der Sachverständige eigens aus, selbst nicht beurteilen zu können, ob die von ihm beschriebene Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur auch im normalen Fahrbetrieb auftrete oder umgekehrt, ob eine Umschaltung auf die normale Kühlmittelsolltemperatur beim NEFZ möglich sei. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gerade nicht untersucht.

* 78
* [7] Auch die weiteren Gutachten des Sachverständigen Dr. H. in denen dieser aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl, einer Umgebungstemperatur zwischen 15°C und 35°C, einer Ansauglufttemperatur zwischen 15°C und 50°C und des Umstandes, dass sich das Fahrzeug unterhalb einer Höhe von 1950 Metern befindet, auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will, sind als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Denn diese Parameter können so – auch in ihrer Kombination – auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges zudem nicht untersucht.

* 79
* [8] Mit Blick auf das in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 23.02.2022 – VII ZR 602/21) thematisierte Gutachten des Sachverständigen Dr. H. wird darauf hingewiesen, dass für die Behauptung, die Steuerung der KSR erfolge über eine Erkennung der Durchführung der Vorkonditionierung zum Prüfstandtest in Gestalt einer für sechs Stunden gleichbleibenden Umgebungstemperatur zwischen 20°C und 30 °C, keine tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Der Sachverständige H. führt insoweit lediglich aus, dass die Motorstarttemperatur beim NEFZ mit der Umgebungstemperatur identisch sei und zwischen 20°C und 30°C liege. Dies ist aber nichts anderes als die Wiedergabe der Regularien der Vorkonditionierung zum NEFZ (vgl. die im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) - Einheitliche Bedingungen für die Genehmigung der Fahrzeuge hinsichtlich der Emission von Schadstoffen aus dem Motor entsprechend den Kraftstofferfordernissen des Motors, dort Ziffer 5.3.1.3. in Verbindung mit Ziffer 6.3.1. des Anhang 4a – Prüfung Typ I). Dazu, welchen Einfluss die Vorkonditionierung auf die Steuerung der KSR haben soll, trifft der Sachverständige Dr. H. aber gerade keine Aussage.

* 80
* Entsprechendes gilt auch mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 21.09.2022 (Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21). Denn es sind auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Steuerung des Abgasverhaltens des Fahrzeuges an eine Erkennung der Vorkonditionierung für die Prüfung Typ VI (Prüfung bei niedriger Umgebungstemperatur) nach dem Anhang 8 der Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) – Abstellen des Fahrzeuges für die Dauer von mindestens 12 Stunden und höchstens 36 Stunden bei einer Umgebungstemperatur

(Durchschnittstemperatur während jeder Stunde dieses Zeitraumes) von nicht weniger als -7°C +/- 3 K und nicht mehr als -1°C (vgl. Ziffer 3.1.1. und 4.3.2. des Anhang 8) – geknüpft ist.

* 81
* [9] Der Sachverständige Prof. Dr. E. stellt in seinem Gutachten vom 16.02.2021 zwar eine unzulässige Abschalteinrichtung in Gestalt einer KSR fest, aber eben keine Prüfstandserkennung. Auf eine solche Feststellung kann nicht aufgrund des Umstandes geschlossen werden, dass der Sachverständige die Formulierung „Umschaltlogik“ verwendet, da dieser gerade nicht feststellen konnte, dass sich die Messergebnisse im Modus „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterscheiden würden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen verhielten sich die Kühlwassertemperatur und die AGR-Ventilposition bei gleichen Start- und Umgebungsbedingungen in jeweils gleichen Fahrbedingungen ebenfalls gleich (dazu auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 31).

* 82
* [10] Auch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. E. vom 03.03.2020 (für LG Stuttgart, 6 O 139/18) zu einer V-Klasse mit dem Motor OM 651 (Euro 5) begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass die KSR durch eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Denn dies stellt der Sachverständige gerade nicht fest.

* 83
* [11] Die gutachterliche Äußerung des Prof. Dr.-Ing. E. bezieht sich auf ein – dem Senat unbekanntes – Gutachten zum Motor EA 288 der Volkswagen AG. Dem Senat ist – aufgrund Vorlage (auch) in anderen Verfahren – nur die Seite 24 bekannt. Soweit darauf abstellt wird, der Sachverständige habe sich auch zu der von der Beklagten eingesetzten KSR geäußert, wonach die Beklagte die KSR an die Erkennung eines Abgastests gekoppelt habe, lässt sich dies weder der zitierten Passage noch dem vorgelegten Gutachtenauszug entnehmen. Auch ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände der Sachverständige zu dieser Aussage kommt.

* 84
* [12] Der Sachverständige L. (Gutachten vom 13.04.2021) hat sich bei seiner Begutachtung auf einen Vergleich der Emissionsmessungen auf dem Rollenprüfstand und im Realbetrieb beschränkt und aus der dabei ermittelten Grenzwertüberschreitung um den Faktor von 4,84 auf das Vorliegen einer Prüfstandserkennung geschlossen. Dies ist aus den vorstehend dargestellten Gründen (bb) untauglich.

* 85
* [13] Auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. P. vom 12.02.2020 begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernde Prüfstandserkennung zum Einsatz kommt. Denn in dem Gutachten wird der Einfluss von Außentemperaturen auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges dargestellt. Außentemperaturen zwischen 20°C bis 30°C kommen aber auch im realen Fahrbetrieb vor. Dass diese Bedingungen im Realbetrieb nicht stets vorliegen, ist unerheblich.

* 86
* [14] Das Gutachten des Sachverständigen D. begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches und sittenwidriges Verhalten. Aus dem Gutachten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernde Prüfstandserkennung zum Einsatz kommt, oder dass die in dem Gutachten beschriebenen Abschalteinrichtungen so bedatet sind, dass das Emissionskontrollsystem bei jeweils identischen Betriebsbedingungen auf dem NEFZ-Prüfstand anders arbeiten würde als im Realbetrieb (vgl. BGH, Beschlüsse vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27; vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30; vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, juris Rn. 19, 24).

* 87
* (cc) Der Umstand, dass die KSR nach Auskunft des KBA an die Randbedingungen des NEFZ „angelehnt“ sein soll, lässt ebenfalls keinen Schluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Aus einer auf dem Prüfstand und im Realbetrieb bei jeweils identischen Betriebsbedingungen in gleicher Weise arbeitenden Einrichtung (selbst, wenn das nur in 11% aller Realfahrten der Fall wäre, so BGH, Beschluss vom 30.05.2022 - VIa ZR 51/21, juris Rn. 4) kann – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – nicht geschlossen werden, dass der Einsatz

der unzulässigen Abschalteinrichtung vorsätzlich erfolgt ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27; vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30; vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, juris Rn. 19, 24). Ob das auch gilt, wenn die die KSR steuernden Parameter „exakt“ auf die Randbedingungen des Prüfstandes des NEFZ abstimmt sind (bislang vom BGH offengelassen, vgl. BGH, 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 20) oder als „prüfstandsbezogen“ anzusehen sind, muss hier – mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Bedatung – nicht entschieden werden. Denn der Aussage des KBA, die Bedatung sei an die Bedingungen des NEFZ „angelehnt“, kann nicht entnommen werden, dass diese Bedingungen in Kombination im realen Fahrbetrieb praktisch nicht vorkommen.

* 88
* (4.) Auch die weiteren Umstände sind als tatsächliche Anhaltspunkte für eine Repräsentantenkenntnis oder ein vorsätzliches Verhalten von Verrichtungsgehilfen in Bezug auf die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ungeeignet.

* 89
* (a) Die US-Ermittlungen begründen ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt in Bezug auf die EU-Modelle. Unabhängig davon, dass ein Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeugtyp nicht einmal dargelegt wird, kann aufgrund der regulatorischen Unterschiede zwischen Europa und den USA und den hieraus folgenden unterschiedlichen Anforderungen an die Fahrzeug- und Motorenhersteller von möglichen Manipulationen in US-Fahrzeugen nicht auf solche in EU-Fahrzeugen geschlossen werden. Dies gilt insbesondere nicht für in US-Fahrzeugen beanstandete Funktionalitäten in Gestalt von Bit 13, Bit 14, Bit 15 und Slipguard.

* 90
* (b) Auch aus einer behaupteten Manipulation des On Board Diagnose-Systems i.S.v. Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 715/2007 lässt sich weder ein tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung - welche nicht im OBD-System selbst liegen kann (BGH, Beschluss vom 18.05.2022 – VII ZR 239/21, juris Rn. 19) - noch für ein diesbezüglich vorsätzlich sittenwidriges Handeln von Mitarbeitern der Beklagten ableiten. Soweit davon auszugehen ist, dass die von der Beklagten eingesetzte Emissionskontrolle objektiv unzulässige Abschalteinrichtungen umfasst, ist eine daran anknüpfende Ausgestaltung des OBD-Systems dennoch nicht ohne Weiteres als Manipulation anzusehen. Denn eine solche Ausgestaltung rechtfertigt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht, wenn, wie dargelegt, keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Hersteller den mit dem Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung selbst verbundenen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2021 – VI ZR 839/20, juris Rn. 20; BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 2/21, juris Rn. 18). Insbesondere ist darin, dass das OBD-System das Eingreifen einer Abschalteinrichtung nicht als Fehler meldet, schon keine unzulässige Ausgestaltung des OBD-Systems zu sehen, weil dessen Funktion darauf beschränkt ist Fehlfunktionen anzuzeigen. Arbeitet eine Abschalteinrichtung - sei sie rechtlich zulässig oder unzulässig - aber technisch so, wie sie programmiert ist, liegt eine Fehlfunktion nicht vor, so dass die Anzeige einer Fehlfunktion nicht veranlasst ist (BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 90f).

* 2.

* 91
* Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet ebenfalls mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten aus.

* 3.

* 92
* Auch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann der in erster Linie geltend gemachte kleine Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden. Der kleine Schadensersatz knüpft daran an, dass der Geschädigte, durch ein sittenwidriges Verhalten eines Dritten zu einem Vertragsschluss bewegt worden ist, den er ohne das sittenwidrige Verhalten nicht geschlossen hätte und ermöglicht ihm, statt der Rückgängigmachung des Vertrags die Erstattung des objektiven Minderwerts zwischen Leistung und Gegenleistung zu verlangen (etwa BGH, Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 21). Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, wird von den § 6

Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV aber nicht geschützt (BGH, Urteile vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 23; vom 19.10.2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 30 jew. mwN), so dass es an dem für eine Haftung erforderlichen Schutzzweckzusammenhang - welcher voraussetzt, dass der geltend gemachte Schaden durch die verletzte Norm verhütet werden sollte (etwa: BGH, vom 07.07.2015 – VI ZR 372/14, juris Rn. 26 mwN) - fehlt. Auf Grundlage der § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann der kleine Schadensersatz daher nicht verlangt werden (vgl. auch BGH, Urteil vom 16.01.2024 – VIa ZR 1136/22, juris Rn. 13).

* 4.

* 93
* Die Klagepartei kann den in erster Linie geltend gemachten kleinen Schadensersatz auch nicht auf vertraglicher Grundlage beanspruchen. Vertragliche Ansprüche folgen weder aus §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 440, 346 ff BGB noch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 280 BGB. Unabhängig vom Vorliegen eines Sachmangels in Gestalt einer unzulässigen Abschalteinrichtung und der Frage einer Entbehrlichkeit der Setzung einer erfolglosen Nacherfüllungsfrist steht beiden Ansprüchen jedenfalls die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen (betreffend des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises führt die erhobene Einrede der Verjährung gem. § 438 Abs. 4 Satz 1 BGB i.V.m. § 218 BGB zur Unwirksamkeit des Rücktritts), da die mit der Übergabe des Fahrzeugs am 06.10.2017 in Lauf gesetzte zweijährige Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB vor dem erst im Jahr 2021 erfolgten Eingang der Klage geendet hatte. Die Voraussetzungen für die regelmäßige Verjährung nach § 438 Abs. 3 BGB liegen mangels eines schlüssigen Vortrages zu einem arglistigen Verhalten der Beklagten nicht vor.

* 94
* Dem Klagevortrag lässt sich weder ein arglistiges Verhalten von Repräsentanten der Beklagten selbst entnehmen noch, dass die Beklagte selbst als juristische Person arglistig gehandelt hat. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der im Rahmen der vertraglichen Haftung anzuwendenden Grundsätze der Wissenszurechnung (vgl. etwa BGH, Urteil vom 02.02.1996 – V ZR 239/94, juris Rn. 20 ff.). Denn selbst wenn man unterstellt, dass der Umstand der Existenz einer unzulässigen Abschalteinrichtung eine Information darstellt, die nach diesen Grundsätzen der Speicherpflicht unterliegen würde, hätte im Streitfall weder Anlass für eine solche Speicherung noch dafür bestanden, dass der für die Beklagte die zum Vertragsschluss führende Willenserklärung abgebende Vertreter sich über diesen Umstand hätte vergewissern müssen. Beides würde voraussetzen würde, dass den handelnden Personen die Existenz einer unzulässigen Abschalteinrichtung bekannt war. Dafür sind – wie bereits dargelegt – tatsächliche Anhaltspunkte nicht dargetan.

* D.

* 95
* Der hilfsweise zur Entscheidung gestellte Antrag auf den Differenzschadensersatz hat dagegen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

* 1.

* 96
* Zur Entscheidung über den Hilfsantrag war der Senat aufgrund der von der Klagepartei aufgestellten Bedingung berufen.

* 2.

* 97
* Eine Haftung der Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV - welche an die Stellung der Klagepartei als Vertragspartner anknüpft und eine Eigentümerstellung nicht voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 11.09.2023 – VIa ZR 1693/22, juris Rn. 7) - ist unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Auslegung der Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der zugrundeliegenden Rahmenrichtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris) begründet.

* 98
* Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über vier unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a)). Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22ff; vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 24; vom 26.10.2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 10) haftet die Beklagte daher als Herstellerin des Fahrzeuges gem. § 823 Abs. 2 BGB, soweit sie - wie hier - schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat, wobei einer solchen Haftung die grundsätzlichen und unter anderem auf Art. 80 GG gestützten Bedenken der Beklagten nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 23 und 32; vom 19.10.2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff). Schuldhaft handelte die Beklagte jedenfalls hinsichtlich der KSR (b)).

* 99
* a) Das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstreitig – über vier technische Einrichtungen, die entgegen der Auffassung der Beklagten als Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen sind, eine temperaturgesteuerte sowie eine motorstarttemperaturabhängige Steuerung der AGR und deren Reduzierung im Leerlauf bei warmgelaufenem Motor (“Hot & Idle“) (aa)), und eine KSR (bb)).

* 100
* aa) Die im Erwerbszeitpunkt in dem streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandenen temperaturgesteuerte sowie motorstarttemperaturabhängige AGR, bei welcher nach dem Vorbringen der Beklagten eine Reduzierung der Wirksamkeit jedenfalls unterhalb von +7°C Außentemperatur und betriebswarmem Motor erfolgte sowie dann, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb eines Temperaturfensters zwischen +18 und +35°C lag oder die Motortemperatur bei Einhaltung dieses Fensters im weiteren Betrieb +86°C überschritt, stellten ebenso unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar wie die Reduzierung der AGR im Leerlauf bei warmgelaufenem Motor (“Hot & Idle“).

* 101
* (1.) (a) Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschalteinrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 47), so dass zu ihnen auch der Außentemperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50). Ausgehend von diesem rechtlich geklärten Verständnis der europarechtlichen Normen, ist es eine Tatsachenfrage, welche Temperaturen im Unionsgebiet üblicherweise, d.h. unter Ausnahme von Extremwettereignissen, vorkommen. Danach rechnet der Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C, wie der Senat wiederholt entschieden hat, zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. Senatsurteile vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 31; vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 79; vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 7; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 – 19 U 185/22, juris Rn. 14; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 08.12.2023 – 1 U 105/20, juris Rn. 91: zweistellige Minusgrade - etwa in Skandinavien – und Temperaturen um 40°C – etwa in Südeuropa). Einwendungen gegen diese vom Senat mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen gegenüber der Beklagten getroffene tatsächliche Feststellung, dass im Unionsgebiet Außentemperaturen von -15°C, u.a. in Helsinki im Winter, bis zu +40°C, u.a. in der europäischen Mittelmeerregion im Sommer, üblicherweise vorkommen, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden und sind auch nicht ersichtlich.

* 102
* (b) Nach dem Vorbringen der Beklagten wurde die AGR im streitgegenständlichen Fahrzeug bei Außentemperaturen unterhalb von +7°C und betriebswarmem Motor in ihrer Wirksamkeit reduziert (sog. Thermofenster).

* 103
* (c) Die motorstarttemperaturabhängige Reduzierung der AGR erfolgte vor dem Software-Update, soweit der Motor innerhalb eines Bereichs von 18°C bis 35°C (Motoröltemperatur) gestartet wurde, oberhalb einer Motoröltemperatur von 84°C, mithin sobald der Motor betriebswarm war. Wurde der Motor dagegen bei einer Motoröltemperatur unterhalb von 18°C oder oberhalb von 35°C gestartet, wurde die AGR-Rate bereits vor Erreichen des betriebswarmen Motors reduziert; ersterenfalls oberhalb einer Motoröltemperatur von 20°C, letzterenfalls oberhalb einer Motoröltemperatur von 50°C.

* 104
* (d) Die Funktion „Hot & Idle“ bewirkte, dass die AGR-Raten bei warmgelaufenem Motor - bei Motoröltemperaturen zwischen 90°C und 110°C - reduziert wurde, sobald das Fahrzeug Umdrehungszahlen von unter 800 Umdrehungen/Minute aufwies, in der Regel also dann, wenn das Fahrzeug sich im Leerlauf befand.

* 105
* (e) Die Bedatung der motorstarttemperaturabhängigen Reduzierung und der Funktion „Hot & Idle“ ergibt sich aus dem Vortrag der Klagepartei, welche sich - worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - den Inhalt des von der Beklagten ebenfalls in Bezug genommenen Privatgutachtens D. vom 28.09.2020 hinsichtlich der Schaltparameter im streitgegenständlichen Fahrzeug nach allgemeinen Grundsätzen stillschweigend zu eigen gemacht hat (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 215/09, juris Rn. 23 mwN). Dieser Vortrag blieb auf Nachfrage des Senats beklagtenseits unbestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO).

* 106
* (2.) Diese Abschalteinrichtungen waren auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht entnehmen. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 – auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft – lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen.

* 107
* (a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

* 108
* (aa) Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH aaO Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH aaO Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 302).

* 109
* (bb) Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 300).

* 110
* (cc) Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr

ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteile vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 80; C-134/20, juris Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteile vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 77, 78; C-128/20, juris Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschalteinrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111 Rn. 65f).

* 111
* (b) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen.

* 112
* (aa) Sie hat hierzu vorgetragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Die von der Motorstarttemperatur abhängige Steuerung der AGR trage der mit steigender Motortemperatur abnehmenden AGR-Verträglichkeit Rechnung. Die Funktion „Hot & Idle“ trage erhöhten Partikelemissionen des warmen Motors entgegen, welche zu einem Verstopfen der AGR führen könnten.

* 113
* (bb) Mangels einer konkreten Darlegung der Ausgestaltung der AGR bei Vertragsschluss kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors überhaupt diesem zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

* 114
* bb) Auch die KSR stellte – bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags – eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (1.), die ebenfalls unzulässig ist (2.).

* 115
* (1.) Die KSR ist eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

* 116
* (a) Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 232). Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Senatsbekannt wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C oder je nach Fahrzeug: 100°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren mit betriebswarmem Motor – zu den Bedingungen des normalen Betriebs im Sinn von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, handelt es sich aus diesem Grund bereits um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem. Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmem Motor, durch

andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 94).

* 117
* (b) Die KSR ist darüber hinaus – innerhalb ihres begrenzten Wirkbereichs – auch mit einer Abschaltbedatung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 versehen. So ist diese bereits bei bestimmten Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen – und ungeachtet der weiteren (De)Aktivierungsbedingungen – zu einer Einordnung als Abschalteinrichtung führt (vgl. Senatsurteile vom 09.11.2023 – 24 U 14/21, juris Rn. 89ff, und vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 95).

* 118
* (c) Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – wie von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschalteinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

* 119
* (2.) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Unerheblich ist insoweit, ob die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung erforderlich ist, da auch dies keinen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 715/2007 begründet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 zur „Grenzwertkausalität“).

* 120
* b) Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalteinrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63, vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13f; Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 61).

* 121
* Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich der Steuerung der AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa). Da dieser Einwand jedenfalls hinsichtlich der unzulässigen Steuerung KSR nicht durchgreift, so dass jedenfalls insoweit von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist (bb), kann auf sich beruhen, ob sich die Beklagte hinsichtlich der Steuerung der AGR im Streitfall mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen könnte.

* 122
* (aa) Unvermeidbarer Verbotsirrtum:

* 123
* (1.) Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder – sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat – dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im

Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (vgl. vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 – KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteile vom 16.06.1977 – III ZR 179/75, juris Rn. 53ff, 55; vom 10.07.1984 – VI ZR 222/82, juris Rn. 14; vom 07.03.1996 – 4 StR 742/95, juris Rn. 19; vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, juris Rn. 38; vgl. weiter: Rengier in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., § 11 Rn. 56ff; BeckOK/Valerius, OWiG § 11 Rn. 30f mwN [Stand: 01.07.2023]; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 17 Rn. 5a jew. mwN).

* 124
* (2.) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, juris Rn. 22 jew. mwN). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff mwN), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteile vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 19; vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

* 125
* (bb) Jedenfalls hinsichtlich der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzten Steuerung der KSR und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist von einem schuldhaften Verhalten der „Beklagten“ auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.

* 126
* (1.) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Repräsentanten (§ 31 BGB) und mit der KSR befasste Mitarbeiter der Beklagten (§ 831 BGB) in einem Irrtum befunden haben, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflichten oblegen hätte, dafür Sorge zu tragen, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hätten. Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 61; vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22, MDR 2023, 1042 Rn. 20ff; vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, ZIP 2023, 1903 Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldeketten und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 41 mwN). Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschalteinrichtungen hatte, wird daher, anders als die Beklagte meint, im Regelfall nicht genügen, um das Vorliegen eines Rechtsirrtums zu begründen.

* 127
* (2.) Vortrag, der auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums über die Zulässigkeit der eingesetzten KSR auf Seiten der damit befassten Repräsentanten und Mitarbeiter der Beklagten schließen lassen könnte, hat die Beklagte, worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hat, nicht gehalten. Ihrem Vortrag lässt sich

bereits nicht entnehmen, wie die Mitarbeiter der Beklagten sich von der Richtigkeit der auch vorliegend von der Beklagten vertretenen unzutreffenden Rechtsansicht überzeugt haben wollen, was hinsichtlich des Vorliegens eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.

* 128
* Denn anders als im Fall der außentemperaturabhängig gesteuerten AGR (Thermofenster - vgl. hierzu etwa Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2616/22, juris Rn. 46ff) fehlen für die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte unzulässige KSR allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hatte. Für einen vergleichbaren Sachverhalt, der im hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages vorgelegen hätte, und einen ähnlichen, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauenstatbestand geschaffen haben könnte, ist hinsichtlich der KSR weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

* 3.

* 129
* Danach kann die Klagepartei Differenzschadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV beanspruchen, dessen Höhe der Senat vorliegend mit 10% des Kaufpreises des Fahrzeuges bewertet.

* 130
* a) Die Beklagte haftet wie dargelegt auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - vorbehaltlich der im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung - auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 73; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Festlegung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschalteinrichtung drohte und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen war, welches Gewicht dem festgestellten Verstoß des Herstellers bezogen auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte zukommt und schließlich mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.

* 131
* Hiervon ausgehend erscheint dem Senat die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, welche diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies gilt unabhängig davon, ob hinsichtlich der Ausgestaltung der AGR vom Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auszugehen wäre. Denn nach Auffassung des Senats (§ 287 ZPO) ist die Bemessung des Schadens im Streitfall mit 10% des Kaufpreises nicht davon abhängig, ob die Beklagte mit Blick auf die unzulässige Steuerung der AGR dem Grunde nach auch für die Ausgestaltung der AGR haftet.

* 132
* aa) Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das insbesondere und aus der zeitlichen Warte des Vertragsschlusses heraus in den Blick zu nehmende Risiko behördlicher Anordnungen nach Auffassung des Senats nicht maßgebend von der absoluten Anzahl von Abschalteinrichtungen der hier festgestellten Art abhängt, weil insbesondere das Stilllegungsrisiko nicht proportional mit dieser Anzahl anwächst. Denn schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs war überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019 – VI ZR 396/18, juris Rn. 13 mwN), dass ein mit einer Beanstandung der Typ-Genehmigungsbehörde konfrontierter Fahrzeughersteller nicht die Stilllegung bereits verkaufter Fahrzeuge riskieren - und damit den Absatz weiterer Fahrzeuge gefährden - würde, sondern stattdessen und unbeschadet der eigenen Einschätzung der Rechtslage mit der Behörde kooperieren und Maßnahmen zur Abwendung der Stilllegung entwickeln würde. Dabei war auch schon zum Zeitpunkt des

Fahrzeugerwerbs überwiegend wahrscheinlich, dass diese zu erwartende Reaktion des Herstellers, im Streitfall der Beklagten, jedenfalls in dem hier fraglichen Rahmen weder von der Anzahl der festgestellten Abschalteinrichtungen noch von der - zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren - Frage abhängen würde, ob die Behörde die Abschalteinrichtungen gleichzeitig feststellt und rügt, oder ob es zu mehreren Rügen kommen würde. Denn es war überwiegend wahrscheinlich zu erwarten, dass ihr weiteres Absatzinteresse für die Beklagte in jedem Fall handlungsleitend sein würde und sie zu kooperativem Verhalten veranlassen würde, so wie dies im Zuge des „Abgasskandals“ später auch tatsächlich der Fall war.

* 133
* bb) Auch mit Blick auf die neben diesen originär schadensrechtlichen Erwägungen in den Blick zu nehmenden Gesichtspunkte ergibt sich im Streitfall kein erheblicher Einfluss einer unterstellten Haftung auch für die temperaturgesteuerte AGR. Denn auch insoweit wäre zum einen lediglich von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, weil Anhaltspunkte dafür, dass die temperaturgesteuerte AGR auf dem NEFZ-Prüfstand nicht in gleicher Weise funktionieren würde wie im Realbetrieb weder vorgetragen noch ersichtlich sind. Zum anderen wäre auch das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte im Streitfall kein spürbar anderes. Denn auch wenn man insoweit den Klägervortrag zu Grunde legt, wonach die einzuhaltenden Grenzwerte im Realbetrieb ganz erheblich überschritten werden und hierzu auch die temperaturgesteuerte AGR beigetragen haben mag, erscheint dem Senat – auch unter dieser Voraussetzung – eine Bemessung des Schadens mit 10% im Streitfall als angemessen (§ 287 ZPO).

* 134
* cc) Daraus folgt, dass der Differenzschaden im Streitfall im Ausgangspunkt mit 3.281,55 € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).

* 135
* b) Soweit die Beklagte dieser Haftung entgegenzuhalten sucht, dass sich die Klagepartei ihr gegenüber nicht auf den vom Bundesgerichtshof für die Haftung auf Differenzschadensersatz anerkannten Erfahrungssatz berufen könne, dass sie das Fahrzeug bei Kenntnis der Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (etwa BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55), verfängt dies nicht. Denn um diesen Erfahrungssatz in Frage zu stellen, muss der Hersteller darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er die Ausrüstung seiner Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht (etwa BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 57; VIa ZR 533/21 juris Rn. 35). Davon kann mit Blick auf die Beklagte - welche das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen in ihren Fahrzeugen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geleugnet hat - keine Rede sein. Dass Kunden durch Mitteilungen anderer Hersteller (VW) über die Existenz von Thermofenstern und durch die jährlichen Geschäftsberichte der Beklagten, beginnend mit dem Bericht 2016 über den Umstand informiert gewesen sein mögen, dass nicht auszuschließen sei, dass die Behörden zum Schluss kommen, dass in Mercedes-Benz Dieselfahrzeugen Funktionalitäten enthalten sein könnten, die möglicherweise als unzulässig zu qualifizieren sind, ändert daran erkennbar nichts.

* 136
* Mit dem verschiedentlich erhobenen Einwand, die Klagepartei habe den Erfahrungssatz durch ihr tatsächliches Verhalten selbst widerlegt, indem sie das Fahrzeug trotz der im Zuge des Abgasskandals aufgekommenen Diskussionen weitergenutzt habe, anstatt sich zeitnah um eine Rückabwicklung zu bemühen, vermag die Beklagte ebenso wenig durchzudringen. Der Einfluss einer durch eine (möglicherweise) unzulässige Abschalteinrichtung begründeten Gefahr einer Betriebsbeschränkung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 51) ist mit Blick auf die Entscheidung, ein solches Fahrzeug erst zu erwerben, wesentlich gewichtiger als mit Blick auf die Frage, ein bereits erworbenes Fahrzeug wieder abzustoßen und sich in den mit Ungewissheiten behafteten Prozess einer streitigen Rückabwicklung zu begeben. Ein verlässlicher Rückschluss auf das Erwerbsverhalten lässt sich daher aus dem Umstand der späteren Weiternutzung zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats nicht

ziehen (anders OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2023 – 17 U 44/23, BeckRS 2023, 35794 Rn. 8f). Hinzu kommt, dass es mit Blick auf den Differenzschadensersatz nicht auf die Frage ankommt, ob die Klagepartei das Fahrzeug überhaupt erworben hätte, sondern darauf, ob sie es zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55). Ein verlässlicher Rückschluss darauf, dass die Klagepartei zum vereinbarten Kaufpreis erworben hätte, lässt sich aus dem Umstand, dass sie das Fahrzeug weiternutzte anstatt nach Bekanntwerden des Abgasskandals ein - im Streitfall zudem unberechtigtes - Rückabwicklungsverlangen zu äußern, aber tatrichterlich erst Recht nicht ziehen.

* 137
* c) Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte jedoch diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (st. Rspr; vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 65).

* 138
* Im Streitfall führen diese Grundsätze dazu, dass der Schaden der Klagepartei zum Schluss der mündlichen Verhandlung – dem grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung der anzurechnenden Vorteile (etwa: BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 23 mwN) – vollständig bestehen bleibt.

* 139
* aa) Eine Reduzierung des Schadens ergibt sich zunächst nicht aus der Berücksichtigung des Restwertes und der von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile. Sowohl beim Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB sind die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden. Dem vollständigen Wegfall des Schadens stehen auch die Grundsätze des Unionsrechts nicht entgegen (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12 mwN).

* 140
* (1.) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen - für welche es regelmäßig und auch im Streitfall der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedarf (BGH, Urteile vom 18.05.2021 – VI ZR 720/20, juris Rn. 13; vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 52ff jew. mwN) - schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19, juris Rn. 12f; BGH, Beschluss vom 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, juris Rn. 22f) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer - auf gefestigter Schätzpraxis der Gerichte beruhenden - Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtlaufleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend – Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteile vom 29.09.2020 – 12 U 449/19, Rn. 36; vom 02.04.2020 – 2 U 249/19, Rn. 56; vom 12.05.2021 – 9 U 17/21, Rn. 49; vom 13.04.2021 – 16a U 718/20, Rn. 88; vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 – 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19, Rn. 129).

* 141
* Bei der Schätzung der (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung eines Fahrzeugs, ist die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtlaufleistung in den Blick zu nehmen und nicht diejenige, die das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann; abzustellen ist hierfür

nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58, 59; Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorlaufleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19, juris Rn. 58). In aller Regel werden daher bereits wirtschaftliche Erwägungen dazu führen, dass eine mögliche Lebensdauer des Motors nicht ausgeschöpft wird und daher nicht mit der maßgeblichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs gleichzusetzen ist (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58). Zur Annahme einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, juris Rn. 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtlaufleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtlaufleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, juris Rn. 82).

* 142
* (2.) Der Bemessung des Wertes der gezogenen Nutzungen legt der Senat den von der Klagepartei tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten „Wert des Fahrzeugs“ bei Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80). Dies beruht darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen dem gezahlten Kaufpreis einerseits und dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs andererseits eine Rechnungseinheit besteht. Insofern ist zwar bei der Bemessung des Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbesondere das Risiko der Betriebsuntersagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko aber nicht verwirklicht, so muss dieser Umstand im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 20). Daraus folgt, dass auch bei einer Bewertung der bislang gezogenen Nutzungen, welche von dem wertbestimmenden Risiko einer Betriebsstilllegung unbeeinflusst geblieben sind, auf den ursprünglichen Kaufpreis abzustellen ist (§ 287 ZPO).

* 143
* (3.) Hiervon ausgehend und unter Zugrundelegung der zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unstreitigen Laufleistung von 129.000 km muss sich die Klagepartei gezogene Nutzungen in Höhe von 15.626,43 € sowie den Restwert des Fahrzeugs anrechnen lassen. Diesen hat der Senat über die allgemein bekannte Datenbank der Deutschen Automobil Treuhand GmbH unter Angabe der FIN des Fahrzeuges, seines Erstzulassungsdatums und der Laufleistung im Verkaufszeitpunkt ermittelt und in die Berufungsverhandlung eingeführt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.04.2011 – VI ZR 300/09, VersR 2011, 769 Rn. 17 mwN). Die Abfrage hat einen Händlereinkaufspreis von 9.339 € ergeben, welcher als Restwert anzusetzen ist. Entgegen der Auffassung hat die Klagepartei folglich durch den Verkauf für 12.500 € das Fahrzeug nicht „unter Wert“ veräußert, sondern im Gegenteil, einen den Restwert übersteigenden Erlös erzielt. Dabei ist der mit dem Verkauf erzielte Übererlös im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht zu berücksichtigen, weil er entweder auf den überobligationsmäßigen Verkaufsbemühungen des Geschädigten oder auf einem den Restwert übersteigenden Erwerbsinteresse des Drittkäufers beruht und damit keinen zum Differenzschaden kongruenten Vorteil bildet (vgl. hierzu ausführlich: Senatsurteil vom 24.04.2025 – 24 U 1566/22, juris Rn. 110ff, 115).

* 144
* Da die Summe des marktgerechten Restwerts von 9.339 € und der Wert der im Weiterverkaufszeitpunkt gezogenen Nutzungen in Höhe von 15.626,43 € den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) nicht übersteigen, unterbleibt eine Vorteilsausgleichung im Streitfall insoweit (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; vom 24.01.2022 –

VIa ZR 100/21, juris Rn. 22).

* 145
* bb) Auch das von der Beklagten entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update konnte nach der Darlegung der hierfür belasteten Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) nicht zu einem Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen.

* 146
* (1.) Ein Software-Update ist schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was aber voraussetzt, dass das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

* 147
* Dieser Umstand steht für die Zivilgerichte, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht aufgrund einer Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes in Gestalt der Freigabebestätigung des KBA bindend fest. Denn soweit in dieser erklärt wird, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteinrichtungen seien zulässig oder das Software-Update enthalte solche nicht, handelt es sich um Begründungselemente, die vom Regelungsgehalt und damit von der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes nicht erfasst werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14.12.2021 – VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 mwN). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 82; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch mit Blick auf die angeführten - zum Teil aber andere Hersteller betreffenden - verwaltungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem KBA, welche mangels einer (zumindest teilweisen) präjudiziellen Bedeutung weder eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO erlauben noch einer eigenen Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen durch den Senat entgegenstehen (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, juris Rn. 10ff mwN).

* 148
* (2.) Damit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, muss die temperaturgesteuerte AGR, die durch das Software-Update der Beklagten modifiziert wird, als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen – wie bereits ausgeführt – u.a. Umgebungstemperaturen im Bereich von -15°C bis +40°C und neben dem Fahrbetrieb mit betriebswarmem Motor auch den in der Warmlaufphase (dazu folgend unter (a). Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (b) noch, dass Einschränkungen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (c) ausnahmsweise zulässig sind.

* 149
* (a) Auch der Kaltstart des Motors stellt eine normale Betriebsbedingung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn das Starten des Motors und zwar auch das erstmalige Starten nach einer gewissen Standzeit bei kalten Umgebungstemperaturen gehört denknotwendig zu den Betriebsbedingungen, die vernünftigerweise zu erwarten sind, weil ein Betrieb des Fahrzeugs mit betriebswarmem Motor ohne Durchlaufen dieses Betriebszustands (Warmlaufphase) nicht möglich ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 62 mwN). Auch während der Warmlaufphase muss das Emissionskontrollsystem, vorliegend die AGR, daher innerhalb des vorgenannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt funktionieren, sofern nicht die Voraussetzungen einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt. Hiervon geht auch der europäischen Gesetzgeber aus, der insoweit Ausnahmen zwar für das SCR-System normiert hat (vgl. Nr. 10 des Anhangs XVI zur VO (EG) Nr. 692/2008 und – wie von der Beklagten selbst angeführt – Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008), nicht aber für die AGR.

* 150
* Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend gemacht hat, dass sich aus den dort mit Blick auf die AGR geregelten Informationspflichten ergäbe, dass der Verordnungsgeber einen

Kaltstart bei niedrigen Temperaturen vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen habe ausnehmen wollen, so verfängt dies nicht. Das Statuieren einer Informationspflicht vermag schon keine Ausnahme vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen zu begründen. Vielmehr ergibt das Auferlegen einer Verpflichtung zu „Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich [seines] Funktionierens“ im Gegenteil nur dann Sinn, wenn die AGR in dem berichtspflichtigen Bereich funktionieren muss. Dies wiederum deckt sich mit dem Umstand, dass die VO (EG) Nr. 692/2008, wie dargelegt, eine Ausnahme für die Funktionalität bei niedrigen Temperaturen und Kaltstartbedingungen zwar für das SCR-System, aber gerade nicht für die AGR formuliert.

* 151
* (b) Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass die AGR sowohl in der Warmlaufphase als auch bei Fahrten mit betriebswarmem Motor innerhalb des vorstehend genannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt wirksam ist. Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich ein Außentemperaturfenster von 0°C bis +40°C vor. Damit liegt indessen weiterhin eine Abschalteinrichtung vor.

* 152
* (aa) Soweit die Beklagte in verschiedenen Verfahren vorgetragen hat, die Reduzierung der AGR außerhalb des von ihr vorgetragenen Rahmens sei jeweils nur geringfügig und wirke sich hin zu kalten Umgebungstemperaturen am Auspuff nicht auf die NOx-Emissionen aus, da die NOx-Emissionen mit sinkenden Umgebungstemperaturen bei im Übrigen gleichen Bedingungen abnehmen würden, so dass der NOx-erhöhende Einfluss der AGR-Reduktion und der NOx-verringernde Einfluss der niedrigen Umgebungstemperatur sich in etwa gegenseitig aufheben würden, lässt dieser Vortrag das Vorliegen einer Abschalteinrichtung nicht entfallen.

* 153
* Die Beklagte verkennt insoweit, dass Bezugspunkt für die Frage der Emissionskausalität des Eingriffs in das Emissionskontrollsystem, welche für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, nicht das Über- oder Unterschreiten eines bestimmten Wertes ist. Denn außerhalb der NEFZ-Prüfung gibt es keine bestimmten Emissionsgrenzwerte; vorgeschrieben ist aber, dass durch das Emissionskontrollsystem innerhalb normaler Betriebsbedingungen die Auspuffemissionen wirkungsvoll begrenzt werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 48), somit die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nicht reduziert oder dieses gar abgeschaltet wird (sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt). Maßgebend für das Vorliegen von Emissionskausalität ist deshalb ein Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtemissionskontrollsystems (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

* 154
* Diesen Bezugspunkt verkennt die Beklagte auch in ihrem in verschiedenen Verfahren erfolgten Verweis auf Simulationen von Prof. M. zu einem GLK ohne SCR, nach welchen die NOx-Emissionen bei höherer AGR-Rate (von 26,34%) bei den für die NEFZ-Prüfung maßgeblichen Umgebungstemperaturen (Mittelwert von 25°C) in etwa auf dem Niveau der niedrigeren AGR-Rate (von 24%) bei -15°C Umgebungstemperatur liegen würden. Denn maßgeblich ist nicht, ob das Emissionsniveau bei Vorliegen bestimmter normaler Betriebsbedingungen (s.o.) – trotz der Abrampung – dem Emissionsniveau bei Vorliegen anderer, ebenfalls normaler Betriebsbedingen entspricht, sondern ob sich das Emissionsniveau in Folge der Abrampung unter den bei der Abrampung vorliegenden (normalen) Betriebsbedingungen erhöht. Insoweit belegt die Simulation von Prof. M. aber, dass die Reduzierung der AGR-Rate auch eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens zur Folge hat.

* 155
* Dass die Gesamtemissionen (NOx) in Folge der Abrampung der AGR bei niedrigen Temperaturen höher sind als ohne eine solche Abrampung, räumt die Beklagte zudem selbst ein, wenn sie geltend macht, dass der – vorhandene – negative Effekt der Abrampung in etwa durch das bei niedrigen Temperaturen geringere NOx-Aufkommen kompensiert werde.

* 156
* (bb) Hinsichtlich einer Steuerung der AGR während der Warmlaufphase lässt der Vortrag der Beklagten eine Beurteilung hinsichtlich normaler Betriebsbedingungen, insbesondere ihrer Funktionsweise bei Umgebungstemperaturen zwischen -15°C und +40°C nicht zu. In verschiedenen Verfahren hat die Beklagte indessen pauschal geltend gemacht, dass Ablagerungs- und Kondensationsrisiken insbesondere zu Beginn einer Fahrt mit kaltem Motor erhöht seien, weshalb gerade in diesem Bereich der Betrieb der AGR entsprechend reduziert werden müsse. Einen konkreten Bezug zu den Umgebungstemperaturen hat die Beklagte – trotz Hinweis des Senats – jedoch nicht dargestellt, sodass eine Beurteilung, ob und in welchem Umfang die AGR ohne Einschränkungen unter normalen Betriebsbedingungen (Kaltstart bei Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C) funktioniert, nach dem Beklagtenvortrag nicht möglich ist. Damit aber hat die im Rahmen der Vorteilsausgleichung darlegungsbelastete Beklagte das Fehlen von Abschalteinrichtungen nach dem Softwareupdate auch hinsichtlich der Kaltstartbedingungen schon nicht dargelegt.

* 157
* (c) Dass die nach dem Vortrag der Beklagten auch nach dem Software-Update noch vorhandenen Reduzierungen der AGR – wie die Beklagte geltend macht – durch die Motorschutzausnahme in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 erlaubt seien, lässt sich ihrem Vortrag ebenfalls nicht entnehmen.

* 158
* Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt – wie bereits dargelegt - kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Zudem darf zur Erreichung dieser Ziele zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden haben (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Beklagte nicht dargetan.

* 159
* (aa) So ist eine Beurteilung der Notwendigkeit einer Reduzierung der AGR während der Warmlaufphase auf Grundlage des Beklagtenvortrags bereits deshalb nicht möglich, weil diesem das Maß der Einschränkungen der AGR während der Warmlaufphase in Bezug auf die normalen Betriebsbedingungen (Umgebungstemperaturbereichs von -15°C bis +40°C), welche zum Motorschutz erforderlich sein soll, nicht entnommen werden kann. Sofern die AGR während der Warmlaufphase in Abhängigkeit zur Ladelufttemperatur gesteuert wird, wäre zudem die Darstellung der Reduzierung in Bezug zur Umgebungslufttemperatur erforderlich gewesen, d.h. bei welchem Betriebsstand welche Ladelufttemperatur welcher Außentemperatur entspricht (vgl. dazu ua VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, Rn. 76).

* 160
* (bb) Soweit die Beklagte wiederholt geltend gemacht hat, dass die Reduzierung der AGR auch nach dem Update noch notwendig sei, um zum einen der Gefahr eines Brandes des Diesel-Oxidationskatalysators („DOC-Brand“) zu begegnen, welcher eine Inbrandsetzung des Motors und letztlich des gesamten Fahrzeugs zur Folge haben könne, sowie um die Gefahr von Kolben-Ventil-Kollisionen in Form einer Kollision des Zylinders mit einem klemmenden oder verbogenen Einlassventil, welche zum plötzlichen Stillstand des Motors führen könnten, zu vermeiden, vermag auch dies das Eingreifen der Motorschutzausnahme nicht zu rechtfertigen. Nach diesem Vorbringen sei ursächlich für den DOC-Brand die Einlagerung von Kraftstoff im Diesel-Oxidationskatalysator, weil der Kraftstoff – ohne die AGR-Reduzierung – möglicherweise nicht (vollständig) verbrannt werde. Ursächlich für die Kolben-Ventil-Kollisionen seien Blockaden durch sich lösende Partikelbrocken, welche sich – ohne die AGR-Reduzierung – bei niedrigen Temperaturen durch Ablagerungsprozesse bilden würden. Damit aber dient die nach dem Software-Update verbliebene AGR-Reduzierung nicht der Vermeidung von Risiken,

welche die Motorschutzausnahme tragen könnten.

* 161
* [1] Das folgt zwar noch nicht daraus, dass damit mit Blick auf die Gefahren eines DOC-Katalysatorbrandes keine unmittelbare Gefahr für den Motor behauptet wird, da nach der Rechtsprechung des EuGHs (etwa Urteil vom 14.07.2022 - C 128/20, juris Rn. 62) auch der Schutz eines anderen, nicht zum Motor selbst gehörenden Bauteils den Einsatz einer Abschalteinrichtung rechtfertigen könnte, sofern die Fehlfunktion dieses Bauteils zu unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall führen würde, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellten.

* 162
* [2] Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGHs ist die Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 aber eng auszulegen, weshalb Verschmutzung und Verschleiß des Motors nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschalteinrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschalteinrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63). Soweit die Beklagte Verschleiß- und Verschmutzungserscheinungen in nicht zum Motor gehörenden Bauteilen behauptet, aus denen sich erst im Laufe einer Kausalkette eine Gefahr für den Motor und den sicheren Fahrzeugbetrieb ergeben soll, vermag dies eine andere Beurteilung offensichtlich nicht zu rechtfertigen (ebenso: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 344). Denn die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutzausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschalteinrichtung, wie dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (etwa EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff, 114). Danach kann eine Abschalteinrichtung, die – wie von der Beklagten angeführt – letztlich vor vorhersehbaren Folgen schützen soll, die dem ganz gewöhnlichen Betrieb des Fahrzeugs und der normalen Funktionsweise des Dieselmotors mit Abgasrückführungssystem – ohne Abschalteinrichtung – inhärent sind, namentlich vor der Bildung von Partikelbrocken durch Kondensatablagerungen und dem Einlagern nicht verbranntem Kraftstoffes, nicht durch Art. 5 Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt werden (ebenso etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 342ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 41ff; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 10 U 61/21, juris Rn. 52).

* 163
* [3] Zudem hat die Beklagte die Notwendigkeit der Reduzierung der AGR zur Vermeidung eines DOC-Brandes und einer Kolben-Ventil-Kollision auch deshalb nicht ausreichend dargelegt, weil sie nicht darlegt, dass zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs andere technische Lösungen zur Erreichung dieser Ziele nicht vorhanden gewesen waren (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67).

* 164
* [a] Der verschiedentlich erfolgte, pauschale Hinweis der Beklagten, eine andere technische Lösung habe es nicht gegeben, genügt hierzu – worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hatte – schon deshalb nicht, weil dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist (§ 291 ZPO), dass die Beklagte in anderen Fahrzeugen AGR-Steuerungen zum Einsatz bringt, bei denen die AGR innerhalb des Umgebungstemperaturfensters normaler Betriebsbedingungen von -15°C bis +40°C – jedenfalls in betriebswarmem Zustand – nicht reduziert wird.

* 165
* [b] Unabhängig hiervon ist mit Blick auf das Vorhandensein technischer Alternativen auch zu berücksichtigen, dass eine solche Alternative nach der Rechtsprechung des EuGHs auch dann besteht, wenn sich der mit der Abschalteinrichtung bezweckte Schutz durch Wartungsarbeiten erreichen ließe, wobei der Umstand, dass diese Wartungsarbeiten häufig und kostspielig sind, es nicht rechtfertigt, zu Lasten des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus eine Abschalteinrichtung zuzulassen (vgl. EuGH, Urteile vom 14.07.2022, C-134/20, juris Rn. 80f; C-145/20, juris, Rn. 79f; vom 08.11.2022, C-873/19, juris Rn. 93). Dass den von der Beklagten geltend gemachten, vorhersehbaren Verschleißerscheinungen nicht durch entsprechende Wartungsmaßnahmen begegnet werden könnte, macht die Beklagte schon nicht geltend. Dafür ist auch nichts ersichtlich (vgl. zur Thematik etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 363ff; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 84f).

* 166
* (3.) Das für das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update vermochte somit wegen des weiteren Vorhandenseins eines Thermofensters in der AGR keinen Fall der Vorteilsausgleichung zu begründen.

* 167
* (a) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann mit einem Software-Update eine Reduzierung des Differenzschadens im Wege der Vorteilsausgleichung „nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert“ (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Ob die danach im Rahmen der Vorteilsausgleichung maßgebliche Gefahr einer Betriebsuntersagung besteht oder nicht, ist „an der objektiven Rechtslage zu messen“ (BGH, Urteile vom 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, juris Rn. 36; vom 25.09.2024 – VIa ZR 347/22, juris Rn. 15). Die zivilgerichtliche Beurteilung, ob dem Fahrzeug aufgrund des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteinrichtung - jedenfalls latent - die Gefahr einer Betriebsuntersagung droht, hängt folglich nicht davon ab, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesprochen hat oder eine solche - wie hier - (zunächst) unterblieben ist (BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, juris Rn. 36). In gleicher Weise unerheblich für das objektive Vorliegen der Gefahr von Betriebsbeschränkungen ist, ob die Beklagte auch hinsichtlich der Ausgestaltung der AGR dem Grunde nach haftet oder ob dem ein unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegensteht, sie also subjektiv vom Nichtvorliegen der objektiv vorhanden Gefahr ausgehen mag. Mit Blick auf das auch nach dem Software-Update vorhandene Thermofenster besteht vorliegend die Gefahr, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde zu einem späteren Zeitpunkt eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung anordnet, objektiv auch nach dem Software-Update fort, weil die rechtliche Möglichkeit fortbesteht, dass das KBA gegen die verbliebene unzulässige Abschalteinrichtung vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 31).

* 168
* (b) Soweit die Beklagte weiter geltend macht, dass sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.07.2024 (Az. VIa ZR 910/22, juris Rn. 12) ergäbe, dass jede Entfernung einer Abschalteinrichtung jedenfalls zu einer Reduzierung des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen müsse, lässt sich dies der Entscheidung nicht entnehmen. Durch den Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung gibt der Bundesgerichtshof vielmehr zu erkennen, dass ein Software-Update im Rahmen der Vorteilsausgleichung weiterhin - wie dargelegt - nur dann zu einer Reduzierung des Schadens führen kann, wenn es die Stilllegungsgefahr signifikant reduziert. Daran kann es fehlen, wenn das Software-Update seinerseits eine Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH, aaO, mit Verweis auf Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80) oder in dem Fahrzeug auch nach dem Software-Update unzulässige Abschalteinrichtungen vorhanden sind (vgl. BGH, aaO). Ein vollständiges Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung setzt darüber hinaus – auch bei Entfernung aller unzulässigen Abschalteinrichtungen – voraus, dass das Software-Update nicht mit Nachteilen tatsächlicher oder rechtlicher Art verbunden ist, die den in dem Software-Update liegenden Vorteil wieder mindern (BGH, aaO, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris, Rn. 24). Da im streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach dem Software-Update mit dem Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung verbleibt, droht dem Fahrzeug weiter latent die Stilllegung, weil hierfür das Vorhandensein einer unzulässigen

Abschalteinrichtung ausreicht. Da diese Gefahr folglich fortbesteht und sie - wie der Senat im Rahmen der Bemessung des Differenzschadens bereits dargelegt hat - nach seiner tatrichterlichen Bewertung des Schadens nicht proportional von der Anzahl der Abschalteinrichtungen abhängt, genügt - jedenfalls unter den Umständen des Streitfalls - die vorgetragene Entfernung der KSR und der übrigen Abschalteinrichtungen nicht, um die - objektiv betrachtet - fortbestehende Gefahr von Betriebsbeschränkungen als signifikant reduziert anzusehen (§ 287 ZPO).

* 169
* cc) Weitere im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Vorteile hat die Beklagte nicht geltend gemacht, so dass eine Vorteilsausgleichung im Streitfall unterbleibt.

* 4.

* 170
* Soweit sich die Beklagte auch mit Blick auf die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung beruft, verfängt dies nicht.

* 171
* a) Die Haftung knüpft entscheidend an das Vorliegen der Kühlmittelsolltemperaturregelung an. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis von deren Existenz und auch der Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs (vgl. dazu etwa: BGH, Urteil vom 17.03.2022 - III ZR 226/20, juris Rn. 17ff, 22) erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 – III ZR 136/18, juris Rn. 55) Beklagte nicht vor. Für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis der Klagepartei von auf die KSR bezogenen Umständen ist im Übrigen auch nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ von der KSR erfahren hat. Da die Erhebung der ursprünglich nur auf den großen Schadensersatz gerichteten am 03.12.2020 eingegangenen und - nach Zahlung des Gerichtskostenvorschusses binnen weniger als einer Kalenderwoche nach Aufforderung - demnächst (§ 167 ZPO - vgl. etwa: BGH, Urteil vom 10.12.2019 – II ZR 281/18, juris Rn. 8ff, 11 mwN) am 22.12.2020 zugestellten Klage den Lauf der Verjährung auch hinsichtlich des zuletzt geltend gemachten Anspruchs auf Differenzschadensersatz gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.2023 – VIa ZR 183/21 juris Rn. 11, sowie ausführlich: Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 62 mwN), greift der Verjährungseinwand - auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass zum 15.06.2021 gem. § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB die kenntnisunabhängige, absolute Verjährung eingetreten wäre (vgl. dazu. Senat, aaO, Rn. 60 mwN) - nicht durch.

* 172
* b) Dem steht nicht entgegen, dass die Klagepartei ihr ursprüngliches - auf die Miterbenstellung gestütztes, aber auf Zahlung an sich gerichtetes - Begehren erst mit Schriftsatz vom 08.05.2025 (eA II, Bl. 357) auf Zahlung an die Miterbengemeinschaft umgestellt hat, weil die Umstellung nichts daran ändert, dass die Klage bereits ursprünglich durch den Berechtigten im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB erhoben war.

* 173
* aa) Der Eintritt der Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt - ebenso wie schon § 209 Abs. 1 BGB a.F. - eine Klage des materiell Berechtigten voraus, wobei Berechtigter in diesem Sinne neben dem ursprünglichen Rechtsinhaber und seinem Rechtsnachfolger auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter ist (BGH, Urteile vom 29.10.2009 – I ZR 191/07, juris Rn. 38; vom 21.03.1985 – VII ZR 148/83, juris Rn. 12 jew. mwN). Nachdem die Klagepartei gem. § 2039 Satz 1 BGB nach h.M. berechtigt ist, die zum Nachlass gehörenden Ansprüche als gesetzliche Prozessstandschafterin ohne Mitwirkung der Miterben auch klageweise geltend zu machen (BGH, Urteil vom 05.04.2006 – IV ZR 139/05, juris Rn. 7; Wetzel/Odersky/Götz, Handbuch der Erbengemeinschaft, § 29 Rn. 2ff jew mwN) und die Erhebung der Klage durch einen Prozessstandschafter für die Herbeiführung der Hemmung genügt, hat die Erhebung der Klage vom 03.12.2020 vorliegend die Verjährung der streitgegenständlichen Forderung gehemmt.

* 174
* bb) Dem steht nicht entgegen, dass die Klagepartei, welche schon mit der Klage das Recht der Miterben

geltend gemacht hatte, zunächst Zahlung an sich verlangt hatte (so für den Bruchteilsgemeinschafter: BGH, Urteil vom 21.03.1985 – VII ZR 148/83, juris Rn. 12ff; für den Miterben offen gelassen in: BGH, Beschluss vom 24.11.2006 – BLw 12/06, juris Rn. 21; wie hier: LG Ravensburg, Urteil vom 14.11.2023 – 2 O 43/21, juris Rn. 32; Staudinger/Jacoby (2024) BGB § 204 Rn. 7; Lakkis in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 204 BGB Rn. 75.1 [Stand: 06.06.2025]; aA LG Wiesbaden, Urteil vom 20.10.1997 – 1 S 382/96, juris Rn. 2; Holtmeyer, ZEV 2013, 53, 56)). Denn die Frage, ob der klagende Erbe Zahlung an sich selbst verlangen kann, ist keine Frage der Prozessstandschaft, mit welcher das fremde Recht in eigenem Namen geltend gemacht wird, sondern betrifft die Frage der materiell-rechtlichen Einziehungsbefugnis (vgl. BGH, Beschluss vom 19.04.2005 – VI ZB 47/03, juris 9).

* 175
* Solange der Kläger - wie hier im Rahmen des weiterverfolgten Streitgegenstands - sein Begehren unverändert auf das fremde Recht stützt, liegt in der Umstellung des Zahlungsantrags auf Zahlung an die Miterben daher lediglich eine qualitative Beschränkung des Klagebegehens gem. § 264 Nr. 2 ZPO und keine Klageänderung (BGH, Beschluss vom 19.04.2005 – VI ZB 47/03, juris Rn. 10 mwN). Dem Eintritt der Hemmungswirkung kann daher nicht entgegengehalten werden, dass die Umstellung des Zahlungsantrags eine Klageänderung voraussetze (so aber LG Wiesbaden, Urteil vom 20.10.1997 – 1 S 382/96, juris Rn. 2)). Nachdem die gesetzliche Prozessführungsbefugnis des Miterben - anders als die Prozessführungsbefugnis des Gemeinschafters nach § 744 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21.03.1985 – VII ZR 148/83, juris Rn. 13ff) - nicht auf notwendige Maßnahmen beschränkt ist, kann dem Eintritt der Hemmungswirkung auch nicht entgegengesetzt werden, dass der Miterbe mit Blick auf die Verjährung nicht in Not ist, weil er stets eine Klage auf Leistung an alle Miterben erheben könne (so aber Holtmeyer, ZEV 2013, 53, 56). Somit führt die Klage des Miterben, der als Prozessstandschafter Berechtigter im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist, auch dann zur Hemmung der Verjährung, wenn der Miterbe (zunächst) seine materiell-rechtliche Einziehungsbefugnis überschreitet und Zahlung an sich verlangt.

* 5.

* 176
* Der Zinsausspruch folgt gemäß §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund der Zustellung des Schriftsatzes vom 08.05.2025, mit welchem die Klagepartei erstmals unter Berufung auf den Differenzschaden einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch geltend gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 63).

* 177
* a) Entgegen der Ansicht anderer Oberlandesgerichte (so ua Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 02.01.2024 – 7 U 57/23, juris Rn. 57; OLG München, Urteil vom 10.11.2023 – 36 U 2864/22, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 79; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023 – 7 U 794/21, juris Rn. 85) vermochte die auf den großen Schadensersatz gestützte Klageschrift beim Landgericht hinsichtlich des Differenzschadensersatzes schon grundsätzlich noch keinen Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen zu begründen (ebenso: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 109). Zwar handelt es sich bei dem Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und dem aus § 826 BGB folgenden großen Schadensersatz um einen einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, juris Rn. 26) mit lediglich unterschiedlichen Methoden der Schadensberechnung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 45), doch wird durch die Rechtshängigkeit dieses einheitlichen Anspruchs eine Verzinsung nach § 291 BGB nur hinsichtlich der Schadensberechnung ausgelöst, auf die sich die Klagepartei in dem bestimmenden Schriftsatz – zumindest hilfsweise – berufen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 252/15, juris Rn. 22). Dies ist vorliegend erstmals mit Schriftsatz der Klagepartei vom 25.10.2024 (eA II, Bl. 192) erfolgt.

* 178
* Aus den gleichen Gründen kann die Klagepartei eine frühere Verzinsung des zugesprochenen Betrags auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verzugs beanspruchen. Den Differenzschadensersatz hat die Klagepartei vorgerichtlich nicht gefordert, sondern hat vielmehr den großen Schadensersatz begehrt. Hinzu kommt, dass diese Leistungsaufforderung nach den Umständen des Falles auch unabhängig

hiervon nicht verzugsbegründend wirken konnte. Weder musste die Beklagte sie als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen, zumal sie die Höhe dieser in einer Spannbreite von 5-15% liegenden Leistung schon nicht zuverlässig bestimmen konnte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13.11.1990 – XI ZR 217/89, juris Rn. 36 mwN), noch besteht Grund zu der Annahme, dass die Klagepartei zur Annahme der gegenüber ihren Vorstellungen geringeren Leistung bereit gewesen wäre (ebenso: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 110).

* 179
* b) Im Streitfall führte indessen auch die konkrete Geltendmachung des Differenzschadens durch die Klagepartei mit Schriftsatz vom 25.10.2024 (eA II, Bl. 192) noch nicht zum Beginn der Zinspflicht. Denn nach § 291 BGB ist nur eine fällige und durchsetzbare Geldforderung von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen (BGH, Urteil vom 25.10.2022 – XI ZR 44/22, juris Rn. 54). Eine solche Forderung hat die Klagepartei aber erstmals mit Schriftsatz vom 08.05.2025 geltend gemacht. Denn eine Ermächtigung der Miterben zur Einziehung durch die Miterben (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2012 – XII ZR 151/10, juris Rn. 11 mwN) hat die Klagepartei zuletzt nicht mehr behauptet und für eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Verpflichtete schuldbefreiend nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an die Erben fordern (§ 2039 Abs. 1 BGB) kann (vgl. BGH, aaO, Rn. 9 sowie zu den Ausnahmen; MüKo/Gergen, BGB, 9. Aufl., § 2039 Rn. 18 mwN), ist nichts ersichtlich. Eine berechtigte und durchsetzbare Forderung an die Beklagte hat die Klagepartei mithin erstmals mit Schriftsatz vom 08.05.2025 gestellt.

* 180
* c) In entsprechender Anwendung des § 187 Abs. 1 BGB sind Zinsen nach § 291 BGB erst ab dem auf die Geltendmachung folgenden Tag zuzusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, juris Rn. 25).

* III.

* 1.

* 181
* Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1; 97 Abs. 1; 516 Abs. 3 ZPO und berücksichtigt sowohl den Umstand des Teilunterliegens der Klagepartei hinsichtlich der Nebenforderungen (etwa: BGH, Urteil vom 14.02.2014 - V ZR 102/13, juris Rn. 20) als auch den Umstand, dass die Klagepartei die Berufung bereits vor dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung II. Instanz überwiegend zurückgenommen hat. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten Differenzschadensersatz wirkt sich dabei auch auf die Verteilung der erstinstanzlich angefallenen Kosten aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. 01. 1957 – VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543).

* 182
* Soweit die Beklagte eine weitergehende Kostenbeteiligung der Klagepartei mit Blick auf die Umstellung des Leistungsantrags auf Zahlung an die Erbengemeinschaft begehrt, so folgt der Senat dem nicht und schließt sich der überzeugend begründeten Auffassung des OLG Frankfurt (Teilurteil vom 28.08.2001 – 11 U (Kart) 32/96, juris Rn. 67ff; ebenso: MüKo/Becker-Eberhard, ZPO, 7. Aufl., § 264 Rn. 23; Anders in Anders/Gehle, ZPO, 83. Aufl., § 264 Rn. 8 jew. mwN auch zur Gegenauffassung) an, wonach eine qualitative Beschränkung des Klagebegehrens nicht § 269 ZPO unterliegt und somit keine nachteilige Kostenfolge auslöst.

* 2.

* 183
* Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen - mit Blick auf die Beurteilung der Aktivlegitimation der Klagepartei - vor, weil der Senat insoweit von der Rechtsprechung des 23. Zivilsenat des OLG Stuttgart abweicht. Insoweit wird die Revision zugelassen. Im Übrigen erachtet der Senat die erheblichen und klärungsbedürftigen Rechtsfragen bereits als höchstrichterlich geklärt. Aus dem gleichen Grund ergibt sich auch aus der dem Senat beklagtenseits zur Kenntnis gebrachten abweichenden Rechtsauffassung des 16a. Zivilsenates im Hause zur Beachtlichkeit eines Verbotsirrtums der Beklagten im Rahmen der Vorteilsausgleichung keine Notwendigkeit, im Streitfall die Revision zuzulassen (näher dazu: Senatsurteil

vom 12.12.2024 – 24 U 746/22, juris Rn. 81).

* 3.

* 184
* Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß den §§ 47, 48 GKG in Höhe

Permalink

* Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie genau dieses Dokument verlinken möchten: https://www.landesrecht-bw.de/perma?d=NJRE001625762